LUIGI FERRI

LECCIONES SOBRE EL CONTRATO

LUIGI FERRI

Editorial Grijley
Lima 2004

Presentación

Luigi Ferri (nacido en Crespellano, en 1914) es catedrático emérito de Derecho Civil de la Universidad de Bolonia. En este prestigioso centro realizó sus estudios y obtuvo la licenciatura, hacia 1937, con una tesis sobre la herencia yacente, elaborada bajo la dirección del preclaro jurista Antonio Cicu. El ateneo boloñés podía preciarse, en aquel entonces, de contar entre sus catedráticos, sólo por mencionar algunos nombres, a Giuseppe Osti, Enrico Redenti, Giuseppe Branca y Edoardo Volterra.
Durante la Segunda guerra mundial, formó parte del ejército italiano, y padeció cautiverio en un campo de prisioneros alemán
(1943-1945). Retornadas sus actividades docentes, fue nombrado profesor ordinario en 1961, al salir vencedor en un concurso de cátedra cuya comisión evaluadora estuvo integrada por académicos de la talla de Angelo Falzea, Alberto Trabucchi y Mario AlIara.

Es autor de las monografías La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi (Milán, 1951), L 'autonomia privata (Milán, 1959), traducida al castellano por Luis Sancho Mendizábal (Madrid, 1969) Y Rinunzia e rifiuto nel diritto privato (Milán, 1960) de un manual de Lezioni sulla jiliazione (2!!. ed., Bolonia, 1984) y de los volúmenes dedicados a la patria potestad, derecho de sucesiones (disposicio-

nes generales, legitimarios, etc.) e inscripción registral del prestigioso Commentario del codice civile dirigido por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca.

La presente versión castellana de sus Lezioni sul contratto (P. ed., Patron, Bolonia, 1975), está basada en la 2<\. ed. definitiva de la obra, publicada por la editorial Zannichelli, de Bolonia, en 1982, la cual ha sido objeto de sucesivas reimpresiones.

Luigi Ferri desarrolló la teoría normativa del negocio jurídico (1) en un contexto en el que imperaba la teoría preceptiva formulada por Emilio Betti. Esta teoría no tuvo una recepción inmediata pero con el transcurso de los años la doctrina italiana la revaloró silenciosamente mediante el uso de la teoría de la norma jurídica en los temas de contrato y de negocio jurídico. La teoría normativa se desarrolló en Alemania y en Italia en los primeros años del siglo veinte pero tuvo sus detractores inmediatos (2). Antes se pensaba que la teoría del negocio jurídico giraba alrededor de la teoría de la norma jurídica, pero la teoría normativa estableció que la teoría general del Derecho era el centro de la teoría jurídico negocia!.

El planteamiento de Luigi Ferri consistió en coordinar la teoría general del Derecho con la teoría del negocio jurídico. Esta coordinación teórica tuvo como propósito la configuración de una teoría general del negocio jurídico. A continuación describiremos los principales conceptos analizados por Luigi Ferri:

1) La autonomía privada es el poder de producir cambios jurídicos mediante el establecimiento (o modificación o derogación)

de una normajurídica. La autonomía privada es un poder conferido a los particulares por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo.

1I) El negocio jurídico como acto de creación de una norma jurídica es supuesto de hecho y fuente de Derecho.

El negocio jurídico es supuesto de hecho de una norma superior en el sentido que es una norma válida si ha sido emanada de conformidad con las normas contenidas en una fuente superior (fuente de validez).

El negocio jurídico es fuente de producción (fuente de conoci miento) en el sentido de modo de manifestación de la norma jurídica y, por lo tanto, es el acto que tiene por contenido la norma que disciplina jurídicamente la formación del Derecho.

IlI) Si la autonomía privada es un poder de crear normas jurídicas, está claro que el acto jurídico en sentido estricto no es actuación de autonomía privada (3), porque no tiene contenido normativo y los efectos que determina tienen su fuente en normas legislativas. De un lado, el negocio jurídico es supuesto de hecho de normas superiores (fuente de validez) y por otro lado tiene contenido propio de normas jurídicas.

Mientras que el acto jurídico en sentido estricto, no tiene otra importancia que la que se agota en su acaecer, precisamente porque no contiene ninguna realidad normativa que sobreviva a su acaecimiento y s610 determina la entrada en función de imperativos o de normas que están por definición fuera de él (y han de buscarse en la ley que los disciplina y regula sus efectos) (4).

Así, en los meros actos jurídicos, sean lícitos o ilícitos, la modificaciónjurídica, los efectos jurídicos, están "conformados" por completo predeterminados por la ley, mientras que en los negocios jurídicos, los efectos están previstos en el mismo negocio, que contiene su regulación, regulación creada precisamente, al menos en parte, por los particulares y no establecida por la ley.

IV) El método democrático de producción jurídica se analiza a través de la "autonomía normativa", la cual es el poder normativo atribuido a los sujetos para crear normas jurídicas por parte del Derecho positivo. Así, el ordenamiento jurídico otorga poder normativo a los privados para crear normas jurídicas de grado inferior en relación a las normas jurídicas de grado superior.
Esta delegación normativa es un modo de descentralización normativa para la configuración de un ordenamiento jurídico privado subordinado, coordinado y armonizado con el ordenamiento jurídico superior por su relación de complementariedad.
y el ordenamiento jurídico privado es autónomo por la creación de normas jurídicas privadas como partes integrantes del ordenamiento jurídico privado. Por eso, las normas negociales no forman un todo orgánico sino en el interior y en el ámbito de cada negocio concreto.
Esta teoría jurídica es revalorada en la actualidad por sus inne gables ventajas prácticas para resolver los problemas prácticos de los privados al intercambiar bienes y servicios. Un jurista crítico de la teoría del negocio jurídico como Galgano (5) ha resaltado el mérito de Luigi Ferri de haber relanzado la idea del negocio jurídico como fuente de normas jurídicas para comprender al testamento en su teoría superando las concepciones de Betti y de Scognamiglio. También manifies-

ta que esta teoría debe ser revisada en una época en la que el contrato ha asumido un fundamental valor normativo, a veces superior, de hecho, al de la propia ley. Por eso, sería erróneo e iluso confundir las ideas de Luigi Ferri con la teoría normativa del negocio
jurídico. Luigi Ferri construyó la teoría normativa del negocio jurídico pero su construcción no se agota en si misma. Esta teoría se ha desarrollado autónomamente por obra de otros autores en el campo del Derecho de los contratos. Esta aseveración la comprobaremos al proponer cuatro ventajas prácticas para fundamentar la aplicación de la teoría normativa en un ordenamiento jurídico determinado.
En el fondo la teoría desarrollada por Luigi Ferri coloca en su nivel exacto y justo al negocio jurídico y esto es más importante en nuestro ordenamiento jurídico que regula la teoría negocial "aparente" a diferencia otros códigos como el Código Civil de Brasil apro
bado por Ley NQ 10.406 de 10 de enero de 2002 y vigente a partir de
2003. Como muy bien se ha dicho "para bien o para mal, contamos con mayor legitimidad que los autores italianos y españoles para estUdiar el negocio jurídico (6)".
Entonces, el Profesor de la Universidad de Bolonia dice que el negocio jurídico es regulado por la ley como hecho (dato); como norma el negocio a su vez regula comportamientos. Con la palabra negocio se designa tanto el acto creador de normas (es decir, el hecho), como las normas por ellas creadas (es decir, el Derecho) (7).
Haciendo referencia al contrato indica que el contrato como hecho (dato) es regulado por la ley; como norma el contrato a su vez regula comportamientos, de los actos. Con la palabra contrato se designa tanto el acto creador de normas (es decir, el hecho), como las normas por ellas creadas (es decir, el

Derecho) (8). Esta concepción normativa tiene antecedentes en el sistema de contratación del Derecho romano en la configuración de los contratos nominados e innominados para otorgar tutela a las finalidades de los particulares.
Exactamente estaban los pacta legem contractui dant en el sentido que los acuerdos de las partes incorporados en un contrato podían derogarsu natura (D.2.14.7.5), (D.16.3.1) Y (D.50.17.23) (9).
La tradición de la doctrina general del negocio jurídico ale
mán, la teoría general del negocio jurídico alemán y la teoría precep
tiva del negocio jurídico parten de un marco teórico establecido por Savignyel cual es que la leyes fuente de derecho objetivo y el negocio jurídico es fuente de derechos subjetivos y de deberes, es decir de relaciones jurídicas (10). La teoría normativa del negocio jurídico estable
cerá que el negocio al igual que la ley son fuente de derecho objetivo, de relaciones jurídicas y de situaciones jurídicas subjetivas. En efecto, esta teoría amplía el campo de acción del negocio jurídico por el poder jurídico que tienen los particulares de crear normas jurídicas.
Según las ideas principales de Luigi Ferri se ha expresado que la concepción que el contrato es una norma (fuente de derecho(1I", se apoya en los fenómenos de nuestro tiempo, que exaltan el valor general, o el valor supraindividual de la regla contractual como los contratos estandarizados, los contratos colectivos, los contratos asociativos, entre otros(12).
Actualmente la teoría normativa del negocio jurídico se vincula estrechamente con la teoría del contrato entendida como operación económica (13). La estructura de la operación económica proviene del contrato como acto normativo. La norma contractual forma parte de la estructura misma de

la operación. En efecto, desde esta perspectiva la estructura económica es definida por el contrato o la norma
jurídica privada y viceversa. El contrato y la operación económica constituyen una unidad jurídica y económica, el uno y la otra no tienen existencia autónoma, no son singularmente concebibles en términos jurídicos, ni en términos económicos.
La "fuerza de ley" que el ordenamiento da al contrato, al reconocer la autonomía privada, debe ser atribuida, no sólo a las reglas expresadas en el enunciado negocial, sino también a la misma operación económica, en su configuración contractual (14). Y se debe aclarar, en tal sentido, que mediante el reconocimiento del valor normativo de la operación económica no se pretende atribuir fuerzajurídica a una entidad no jurídica, sino solamente afirmar que la entidad jurídica que es el contrato-operación económica, tiene un valor normativo que no se agota en las reglas expresadas en el enunciado de las cláusulas. En tal sentido, se puede afirmar que la operación económica constituye, por sí misma, una fuente de regulación de la relación, y libera reglas ulteriores con respecto a las directamente expresadas en la declaración negocial de las partes(l5).
Por tanto, la teoría normativa del negocio jurídico explica adecuadamente la noción de contrato-operación económica.
De otro lado, la teoría general del contrato se aparta de la teoría desarrollada por Luigi Ferri en cuanto pretende ser una teoría
autónoma respecto al negocio jurídico. En este contexto se dice que el contrato es entendido como un intercambio de promesas que producen confianza.

Schmidlin (16) estima que el derecho moderno considera el contrato como un acuerdo de manifestaciones de voluntad

concordantes y recíprocas, valorado según el principio de la confianza. Concuerda con esta posición Somma(l7) al expresar que el ordenamiento valoriza el contrato como intercambio de promesas que producen confianza pero procede paralelamente a una suerte de tipificación de los comportamientos idóneos a generar confianza. Así, se exalta el contexto económico y social en que se forma el acuerdo y determina con ello un reenvío al derecho de las obligaciones que se refiere a la circulación de los bienes o la prestación de servicios.

No obstante, esta concepción de contrato forma parte de una teoría general del contrato considerada o autónoma o dependiente del negocio jurídico. La autonomía o dependencia dependerá de la adopción de la teoría negocial en un sistema jurídico determinado. Se puede considerar que existe jurídica y exclusivamente una teoría general del contrato por dos razones. La primera razón es legislativa.

Si el código civil no regula la teoría general del negocio jurídico implica que se ha consagrado legalmente la teoría contractual. La segunda razón es de aplicación. En ese sentido, el contrato será la categoría jurídica genérica de regulación jÜrídica supletoria de los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial(l8).

La paradoja de la teoría contractual es que los operadores jurídicos utilizan la teoría negocial inclusive en ordenamientosjurídicos como el italiano. Por eso, las razones de utilidad de la teoría jurídico negocial están vinculadas con las ventajas de uso de los conceptos y de los institutos en un sistema jurídico determinado. Aprehender una teoría como la del negocio jurídico facilita el estudio y la comprensión unitaria de todos los fenómenos que integran el mundo jurídico, así como el sistema normativo e institucional que forman el Derecho privado en general.

En la actualidad las teorías contemporáneas del negocio jurídico están de acuerdo en el siguiente esquema:
f = factor puramente fenoménico
j = factor jurídico que crea efectos jurídicos
v = factor voluntario
i = factor de autorregulación o de autodeterminación

a. Los hechos jurídicos son de dos tipos:
Sentido estricto (f + j) son los hechos de la naturaleza que son relevantes jurídicamente, es decir, hechos de la naturaleza que son compatibles con los supuestos de hechos de las nor-
mas
jurídicas.

b. Acto jurídico
b.l. Sentido estrícto (f + j + v) es el comportamiento humano -operación material- o la declaración que es relevante como simple presupuesto de efectos jurídicos o simple supuesto de hecho de normas jurídicas. Los efectos no
son dispuestos por el sujeto sino por una fuente externa
que principalmente es la ley. El acto produce los efectos
previstos por la ley por el hecho de la realización del acto.
b.2. Negocio jurídico (f + j + v + a) es el acto de autonomía
privada de autorreglamentación o de autodeterminación
de intereses privados. En este concepto pueden enc.yar
perfectamente las teorías negociales preceptiva y norma
tiva con sus particulares variantes.
Para Giovanni Battista Ferri(l9) el negocio no puede conside-
rar
se un mero supuesto fáctico de los preceptos estatales, sino la
expre
sión de un autónomo sistema de valores. El negocio no es un
he

cho, es un valor; y este valor encuentra su eficacia o validez, no ya en la
adecuación previa de los valores contenidos en el ordenamiento jurí
dico, sino en un análisis ex post de compatibilidad con dichos valores.
Según el autor comentado, el sentido del encuentro entre or
denamiento estatal y negocio, no es tanto aquel de plegar el valor negocio a los valores propios del ordenamiento estatal, sino más bien aquel de constatar el grado de compatibilidad entre el valor expresado en la regla social, con aquel expresado por las normas del ordenamiento. Por ello, se propone una hipótesis y una definición sobre el negocio jurídico como acto vinculante de privada reglamentación de intereses que asume positiva "relevancia" para el ordenamiento estatal cuando los valores, del cual es portador, sean compatibles con los valores que el ordenamiento expresa Quicio de compatibilidad entre el "negocio-valor" y el "valor-norma" del ordenamiento estatal).
No obstante esta concepción, se indica que el contrato asume
un doble valor para el sistema del ordenamiento jurídico. El valor de acto de autonomía privada y el valor de presupuesto para la realiza ción de efectos previamente establecidos en la norma. Es decir, el contrato asume una doble vestidura: de negocio jurídico y de acto en sentido estricto (20) . Esta noción de contrato se asemeja al concepto normativo de negocio jurídico.
Coincidiendo con la teoría normativa del negocio jurídico Vincenzo Scalisi(21) define al negocio jurídico como la forma organizativa y la peculiar modalidad técnica de realización de la categoría de intereses relevantes inactivos o programáticos a diferencia de los intereses de inmediata y actual realización (intereses relevantes activos o directos).

Entonces, el negocio es la compleja operación que resulta de la confluencia de tres distintos pero concurrentes elementos:
a) Un interés relevante inactivo (momento sustancial del negocio
jurídico) .
Un programa práctico de acciones directaS para realizar el interés relevante inactivo (momento sustancial del negocio jurídico).
Una situación final representada por los correspondientes efectos destinados a procurar la actuación jurídica del interés relevante inactivo (momento formal del negocio jurídico).

También, el concepto negocial de Scalisi concuerda con el concepto normativo de negocio jurídico en cuanto se hace referencia a los intereses programáticos.

Conforme lo expresado, pensamos que la teoría normativa del negocio jurídico tiene cuatro ventajas prácticas.
La primera ventaja es que permite elaborar un lenguaje técnico coherente y claro. Esto se vincula con la idea que el negocio jurídico es una categoría científica. Como bien lo explica Giovanni Battista Ferri (22), el negocio jurídico no es una simple "noción técnica" deducible de una concreta disciplina legal sino es una noción que pertenece a la teoría general del derecho y por eso se adapta a los sistemas lógicos en que se desarrolla. Por eso, concluye que la elaboración del negocio jurídico es una de las más altas y civiles expresiones de madurez y de sutileza que el pensamiento jurídico ha realizado. En latinoamerica salvo honrosas excepciones(23) no se ha difundido una teoría de negocio jurídico que logre ser interiorizada por los operadores jurídicos a fin de que puedan aplicar las normas de una manera racional y razonable. Estas lecciones traducidas han sido escritas en un lenguaje sencillo que permite conocer los temas y los problemas del Derecho de los contratos desde el punto de vista de la teoría normati-

va. Con ello no se quiere decir que la teoría normativa es la única o la mejor sino simplemente que es útil para aplicar normas según marcos teóricos uniformes. Por eso, la sencillez del lenguaje que usa Luigi Ferri es perfectamente compatible con la utilización de sus conocimientos sobre la teoría que propugna(24).

Una segunda ventaja práctica está en el control que se permite
a los contratos mediante el otorgamiento de tutelas jurídicas a favor de los particulares en situaciones desventajosas. Nos explicamos.
Considerar que el contrato es una norma jurídica permitirá que el
ordenamiento jurídico valore o califique los documentos, las cláusulas y los comportamientos según los intereses dignos de tutela. Estamos en una tema de valoración que implica asumir la posición de determinar efectos y en el fondo ello comporta atribuir tutelajurídica. De las voces "interés", "bien", "goce", "daño", "sanción" Y "remedio" se nota inmediatamente que la idea de valor es un componente conceptual imprescindible(25).

una conducta social, establecida en determinadas circunstancias que le dan un
color y sentido especial". TABOADA CÓRDOVA, Acto jurídico, negocio jurídico y contrato, op. cit., p. 85: "Queda claro, pues, cómo dentro del pensamiento de Luigi
Ferri el negocio jurídico es, como para todos los demás, un supuesto de hecho,
pero un supuesto de hecho diferente, porque contiene en sí mismo normasjurí

dicas, tiene un contenido normativo. Aspecto que no reconoce la mayor parte de
la doctrina sobre el negocio jurídico, pues se entiende que el contenido del su
puesto de hecho es la declaración de voluntad dirigida a la producción de efectos
jurídicos, o de efectos prácticos. Sin embargo, la utilidad de esta opinión, minori
taria por cierto, radica en que nos demuestra que, incluso dentro de una concep
ción normativista, referida a que el negocio tiene un contenido de normasjurídi
cas, se acepta también la idea que el negocio jurídico es un supuesto de hecho, es decir, un hecho previsto en abstracto por la norma jurídica, que una vez producido en la realidad produce los efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento jurídico.
Esta concepción sobre el negocio jurídico como supuesto de hecho, que la misma concepción normativa acepta, tiene el mérito de haber establecido con suma
claridad que el negocio jurídico no consiste únicamente en una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos porque lo han querido así los declarantes,
sino que ello es así por cuanto el derecho atribuye efectos jurídicos a la declaración de voluntad, que conjuntamente con otros elementos, requisitos y presupuestos, se
ajuste a un supuesto de hecho específico o genérico. Se rompe por consiguiente definitivamente el dogma falso de que la voluntad por sí misma puede ser creadora
de efectos jurídicos, de que la voluntad es todopoderosa, omnipotente y de que el ordenamiento jurídico se debe limitar a reconocerlos".
Como lo explica magistralmen te Falzea (26) la relación de

condicionalidad que hallamos en la norma entre el hecho y el efecto expresa un condicionamiento axiológico real. Es claro que el hecho es la situación condicionante del mundo, mientras el efecto es el
interés jurídico condicionado. Mientras el hecho en cuanto abstracto tipo de situación del mundo configura un bien determinado problema general de vida y determina una definida constelación de intereses individuales o colectivos en varias relaciones recíprocas, el
efecto debe representar una solución adecuada del problema y un armónico equilibrio de los intereses de juego.

Entonces, podremos usar un concepto diferente a los hechos jurídicos ya las situaciones jurídicas. Ese concepto es la tutela jurídica sustancial de situaciones jurídicas que es la defensa de situaciones jurídicas la cual opera cuando tales situaciones se lesionan o están en
peligro. El titular de una situación jurídica debe poder gozar de me
dios de tutela que protejan su posición jurídica cuando tal posición
esté en peligro de lesionarse o cuando existe lesión efectiva de tal
posición(27). Muchos institutos del Derecho de los contratos prevén
remedios o tutelas a las partes perjudicadas cuando su situación es o
se convierte inviable económicamente como en los supuestos de le
sión o excesiva onerosidad de las prestaciones. La teoría normativa otorga armas conceptuales a las partes perjudicadas económicamente. También esta teoría justifica tutelas especiales en materia de protección al consumidor.

Una tercera ventaja se aprecia mejor en el Derecho procesal civil. Si se sigue coherentemente la teoría normativa del negocio jurídico, debemos sostener que los contratos también deben ser materia de casación al igual que otras normas jurídicas. Una de las finalidades de la casación es la nomofiláctica, es decir la correcta aplicacióne interpretación del derecho objetivo. La mayor parte de la doctrina sostiene que el contrato no es una norma jurídica y por lo tanto no podría ser materia de casación salvo las normas sobre interpretación del contrato(28). El rechazo a considerar al contrato como materia de casación y la admisión restringida de casar la interpretación de los contratos se sustenta en la clasificación equivocada entre interpretación del contrato y la determinación del contenido de las cláusulas contractuales. Para este sector de la doctrina la interpretación del contrato es una cuestión de hecho que no debe ser materia de casación porque la casación busca preservar la seguridad jurídica. En efecto, la casación tiene como una de sus finalidades anular y revisar a pedido de parte las sentencias que ponen fin a un proceso determinado y que contienen un error de derecho ya sea en eljuzgamiento
(error in iudicando) o en el procedimiento (error in procedendo). No obstante ello, no se justifica obstaculizar la casación a los contratos que son normas jurídicas. En cambio, se dice que solo cabe el con trol casacional de las normas legales de la interpretación porque son unas directivas de método fijadas por el legislador, en su mayoría máximas de la experiencia jurídicas, y plasmadas en normas jurídicas.

No hay duda que muchos siguen pensando que el contrato es algo extra jurídico y por eso no se admite casar contratos. Dicen que es una regla pero no es una reglajurídica porque carece de los caracteres de toda norma jurídica. Toda norma

jurídica tiene los caracteres de la abstracción, hipoteticidad y juridicidad. El contrato, y en
general todo negocio jurídico, tiene todas esas características. Por consiguiente, no nos parece correcto afirmar que solo es viable casar
contratos exclusivamente cuando existan defectos en la aplicación o
en la interpretación de las normas sobre interpretación de los contratos. Casar contratos significa analizar los documentos, las cláusulas y los comportamientos en comparación con todas las normas jurídicas del Derecho de los contratos y otras leyes aplicables.. De esta manera, la casación se convertirá efectivamente en un mecanismo de control de la legalidad de la actuación jurisdiccional (función nomofiláctica). Por eso, sostenemos que también serán causales de casación la aplicación indebida o la interpretación errónea de un contrato; y la inaplicación de un contrato entendido éste como una norma de derecho material. Si la costumbre(29) es materia de casación no hay razón para excluir al contrato de un control de la legalidad jurisdiccional.
Una cuarta ventaja es que la teoría normativa del negocio jurí dico propone una garantía directa de la autonomía privada (30). Este tema es de gran importancia que también debería tenerse en cuenta para una reforma de las normas generales sobre la autonomía privada en el Código Civil. No queremos decir que debe regularse un concepto de negocio jurídico como absurdamente aparece en nuestro código pero si pensamos que es necesario disciplinar normas referidas a la aplicación de las teorías de los hechos jurídicos cumplidos o adquiridos. Aquí si es importante tener claro el concepto de negocio jurídico porque de ello dependerá su adhesión a una u otra teoría.

El artículo IW31) del Título Preliminar del Código Civil regula la teoría de los hechos jurídicos cumplidos en el sentido que a cada hecho se le aplica la norma vigente en su momento. La aplicación inmediata de las normas jurídicas a los hechos jurídicos realizados vulnera la seguridad jurídica de los negocios jurídicos. En efecto, se aplican inmediatamente las nuevas normasjurídicas a los hechosjurídicos sucesivos aunque tales hechos dependan de un negocio jurídico regido por normas jurídicas anteriores. Esta aplicación inmediata cambia el reglament.o contractual establecido desde un inicio.

En sentido diverso, el primer párrafo del artículo 62(32) de la Constitución Política establece la teoría de los hechos jurídicos adquiridos en el sentido que no habrá aplicación inmediata de las normas jurídicas nuevas porque se mantendrá la ultraactividad de las normas jurídicas vigentes al momento de la celebración de los términos contractuales bajo cuya aplicación se originaron los hechos jurídicos adquiridos. De esta manera, la norma constitucional ha esta blecido la garantía directa de la autonomía privada(33): "Empero el hecho mismo de ser la propia Constitución la que otorga a la libertad de contratar en el sentido de garantizar que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes, pone de manifiesto que esta garantía existe porque la Constitución expresamente la impone (tan es así que establece una normatividad distinta que la precedentemente consagarada por el Código Civil) y no simplemente se limita a reconocer su existencia, con lo cual nos encontramos dentro del campo de la teoría normativista".
En efecto, la teoría normativa se sustenta en la teoría de los hechos

jurídicos adquiridos a diferencia de las teorías de control a la autonomía privada. Por eso, no es difícil darse cuenta de las objeciones a la teoría normativa: "La derogación del Derecho vigente anteriormente no implica la de las reglas negociales; precisamente por no tratarse de disposiciones jurídicas; las reglas de interpretación de las leyes (interpretación auténtica, analógica, sistemática, dinámica) no se consideran aplicables a los negocios; el recurso de casación se da contra el fallo que contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de disposiciones jurídicas y no de lo preceptuado en los negocios jurídicos"(34) .
De acuerdo a la doctrina normativa, las normas jurídicas privadas están en la posibilidad de derogar al derecho dispositivo, sustituyéndole por otra regulación, ciertamente que limitado al caso concreto de la relación jurídica de que se trate; pero es evidente que para desplazar una norma -y nadie pone en duda que el derecho dispositivo lo sea- y sustituir la regulación que aquella norma representa es necesaria otra norma, y esto se verifica a través del negocio jurídico(35). Por ejemplo, en un con trato de prestación de servicios las partes contratantes acuerdan ex
presamente que la resolución se producirá mediante comunicación
certificada notarialmente cuando una de las partes no cumpla deter
minada obligación a su cargo en el plazo debido. Posteriormente,
entra en vigencia una ley que deroga la norma del Código Civil sobre
la cláusula resolutoria expresa por incumplimiento. En este supuesto,
dicha ley no puede derogar la norma jurídica privada porque el or

denamiento jurídico le otorga validez frente a las normas jurídicas
públicas. Asimismo, si se asevera que el negocio jurídico es parte del
orden jerárquico normativo y tiene supremacía sobre la norma
supletoria (36), se acepta tácitamente la teoría normativa del negocio
jurídico. De lo contrario, se incurriría en contradicción al aseverar la
ubicación jerárquica de la norma jurídica privada y al negar vigencia
y aplicabilidad a la teoría normativa del negocio jurídico.
Luego de describir las ventajas de la teoría en cuestión, expresamos que la teoría normativa del negocio jurídico sigue vigente en el lenguaje doctrinal contemporáneo y por eso es trascedental traducir este libro para que su lectura posibilite a los operadores jurí dicos iberoamericanos aplicar las normas contractuales mediante el conocimiento claro y coherente de conceptos y de institutos de una teoría general.

---

(1) Luigi FERRI, L 'autonomia privata, Seminario giuridico dell'Universita di Bologna XX, Varese, Dott. A. Giuffre Editore, 1959, pp. 23-24. Una descripción y una reformulación de esta teoría en: Rómulo Morales Hervías, Estudios sobre teoria general del negocio jurídico, Lima, ARA Editores, 2002, pp. 138-198.
(2) Leysser L. LEÓN, "Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas", en Negocio jurídico y responsabilidad civi~ Libro en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova, 2004, Grijley E.I.R.L., pp. 73-74: Para León la "liquidación de la teoría normativa resulta bastante

sencilla desde la misma óptica objetivista, tal cual lo demuestra [Renato] SCOGNAMIGLIO, en su &censionea la citada obra de Luigi FERR1, publicada en la "Rivista di diritto civilé', año XI, parte 1, [Padua, Casa Editrice Dott. Antonio Milani - Cedam], 1961, especialmente, págs. 184 y siguientes: afirmar que el negocio es fuente normativa es asumir una posición "viciada de apriorismo y, en todo caso, errónea e infructuosa. [oo.] La teoría normativa, en efecto, se apoya, principalmente, en un equívoco, a saber: que solamente concibiendo el negocio como fuente del derecho sería posible rendir adecuada cuenta de su esencia dispositiva. [oo.]. Se debe replicar, en cambio, que el negocio tiene relevancia ya en la realidad prejurídica, como instrumento de intereses privados, y el derecho se limita sólo a atribuirle los efectos correspondientes a su naturaleza. [oo.] Pero la teoría normativa no sólo compromete la posibilidad de una correcta visión del fenómeno negocial: ella suscita, inevitablemente, las más graves dificultades cuando se trata -y este es, por lo demás, su postulado principal- de identificar el negocio con las otras normas jurídicas. Aquí se opone, una vez más, la observación fundamental de que la figura del negocio constituye, más bien, objeto de reconocimiento y regulación por parte del ordenamiento jurídico (y por lo tanto, no puede ubicarse en el mismo plano)".
(3) Esta diferenciación ha sido objetada por un sector de la doctrina que ha propuesto que los actos jurídicos en sentido estricto son "actos no-negociales autónomos": LEÓN, "Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas", op. cit., pp. 97-106, describe este nuevo concepto según la doctrina reciente:
Rodolfo SACCO, "L'occupazione, atto di autonomia (Contributo ad una dottrina dell'atto non negoziale)" en Rivista di diritto civile, año XL, parte 1, Padua, Casa Editrice

Dott, Antonio Milani - Cedam, 1994, pp. 346-347. Rodolfo SACCO, voz "Autonomia nel diritto privato", en Digesto delte discipline privatistiche, Sezione civile, vol. 1, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese- Utet, 1987, p. 521. Paola CISIANO, voz "Atto non negoziale autonomo", en "Digesto delle discipline privatistiche", Sezione civile, Aggiornamento, 11, t. 1, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese -Utet, 2003,
págs. 158 y sgtes.

(4) LEÓ N, "Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas ",op. cit., pp. 72-73: Franco Caetano SCOCA, Contributo sul tema delta fattispecie preceptiva, U niversita di Perugia, Publicaciones de la Facultad de Derecho, núm. 18, 1979, p. 104. Dicho autor füa el criterio de diferenciación entre hechos y actos jurídicamente relevantes "en la presencia del poder en el esquema estructural de la fattispecie. por lo tanto, el acto se define como comportamiento de ejercicio de un poder jurídico, relevante en cuanto tal para el derecho; el hecho, en cambio, es la fattispecie compuesta de elementos materiales, no calificables, frente al poder jurídico, como ejercicio de éste". Posteriormente (ivi, págs. 229-230) identifica la distinción entre actos y negocios "en su estructura: con mayor aproximación, ella reside en la diversidad de la situación subjetiva que se expresa en los dos tipos de fattispecie.

En síntesis, se puede afirmar que el negocio es jattispecie de una norma cuyo establecimiento no tiene relevancia en el plano de las situaciones efectuales concretas, sino en el plano normativo. En otras palabras, se puede decir que el negocio es la
fattispecie de una norma de producción normativa, es decir, que consiste en una fattispecie normativa: en una fattispecie en la cual se expresa un poder normativo, el poder de dar vida

jurídica a una (nueva) norma. El mero acto, en cambio, es la hipótesis normativa de una norma de producción jurídica concreta: en él se expresa un poder jurídico no-normativo, que se puede convenir en denominar poder tout court. La diferencia entre acto y negocio se halla, por lo tanto, en que en la estructura del primero interviene la situación subjetiva poder; en la estructura del segundo,la situación subjetiva poder normativo".
A niveles de complejidad similares asciende el pensamiento del autor en el cual parece inspirarse, lejanamente, SCOCA, es decir, Carlo MAlORCA, voz "Fatto giuridico-jattispecie", [en NovissimoDigesto italiano, vol. VII, Turín, Unione Tipo-graficoEditrice Torinese - Utet, 1961,] p. 116, "puesto que [...] la manifestación de voluntad (que es algo distinto del ejercicio de poderes y demás) es un quidjurídicamente distin-to de una consideración, sea del momento interno, sea del momento externo del "hecho humano subjetivo", se podría afirmar que el concepto de acto jurídico se adapta mal al concepto de negocio jurídico. Actos jurídicos (o sea, ejerci-cios de poderes) pueden formar parte de la jattispecie nego-cial, pero no se iden tifican con la misma. La manifestación de voluntad califica el valor causal de lajattispecienegocial, y en sí misma, no es un acto jurídico. Nos parece, entonces, que podemos concluir que el negocio jurídico (o más precisamen-te, la manifestación de voluntad negocial) no es en sí mismo un acto jurídico, sino el criterio de calificación causal de un tipo de jattispecie; en otras palabras, y justamente, de las jattispecie negociales (entre las cuales, como elementos de las mismas, pueden ser considerados los más diversos ejercicios de poderes, es decir, diversos actos jurídicos".
La distinción entre negocios jurídicos y actos jurídicos en sentido estricto implica que para éstos el acto produce los efectosjurídicos previstos por la ley por el hecho de la sola

realización del acto. Las consecuencias jurídicas no se siguen propiamente del acto, sino del hecho de que en un cierto acto se ha realizado, lo cual viene luego en consideración como hipótesis prevista por la ley para que sus reglas encuentren aplicación. En cambio, cuando los efectos se producen porque su reglamentación se encuentre en el acto que las prevé, las precisa, determina sus modalidades y eventualmente sus sanciones, tales efectos pueden considerarse como efectos del negocio jurídico. Nótese que la distinción se basa en la valoración que hace el ordenamiento jurídico. En los actos jurídicos en sentido estricto el ordenamiento valora la sola realización del acto siempre y cuando esté regulada en las hipótesis abstractas de sus normas y en los negocios jurídicos el ordenamiento valora el reglamento privado producido por las propias partes.

(5) Francesco GALGANO, El negocio jurídico, traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana, Valencia, Tirant lo blanch, 1992, Nota 31 de la página 53.

(6) Leysser L. LEÓN, Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del Código Civil, en Advocatus, Nueva Época, Lima Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 263.

(7) Luigi FERRI, Nozione giuridica di autonomia privata, en Rivista trimestrale dididiritto e procedura civile, Anno XI, Milán, Dott. A. Giuffre Editore, S.p.A., 1957, pp.129-200. Luigi FERRI, Norma e negozio nel quadro deil'autonomia privata. en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno XII, Milán, Dott. A. Giuffre Editore, S.p.A., 1958, pp. 38-132. Luigi FERRI, La autonomía privada, traducción de Luis Sancho Mendizábal, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 24-104. Santiago CARNELLI y Eu-

genio B. CAFARO, Eficacia contractual, Buenos Aires, Abeledo
Perrot S.A.E. e 1.,1989, pp. 16-20. Eduardo Ignacio DE RIVERO SANTANA, El contrato desde la perspectiva de la teoría general del Derecho, en THEMIS, Revista de Derecho, Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época. Lima, NQ 33, 1996, pp. 217-219.
(8) Luigi FERRI, La.ioni sul contratto, Corso di diritto civile, Segunda edición,
Bolonia, Nicola Zanichelli Editore S.pA., 1982, p. 14.
(9) Italo BIROCCHI, Causa e categoria generale del contral-to, Un problema dogmatico neila cultura privatistica deil'eta moderna, I. Il cinquecento, II Diritto nella storia,
Callana coordinata da Umberto Santarelli 5, Turín, G. Giap-pichelli Editore, 1997,Nota 81 de la página 57.
(ID) Rómul0 MORALES HERVIAS, "¿Existen intercambios económicos sin acuerdo contractual? A propósito de las teorías del contrato y del negocio jurídico ", en "Revista
jurídica del Perú ", Año LIV, N~ 54, Enero, Lima, Editora Normas Legales S.A.C., 2004, p. 78.
(11) Luigi FERRI, Lezioni sul contratto. Corso di diritto civile, op. cit., p. 18: "El contrato es fuente de normas, y por eso de deberesjurídicos, y por ello de obligaciones en sentido lato". Luigi FERRI, Definizione giuridica e significato di contratto, La
parola come limite ail' arbitrarieta d.ei. concetti giuridici, en Giurisprudenza italiana, con
ripertorio generale annuale di giurisprudenza, Dottrina e legislazione, faso 1, Volume
CXXII, serie 7i, Turín, Unionc Tipografico-Editrice Torinese - UTET, pp. 26-27. Esta concepción del contrato tiene como presupuesto la idea que el deber jurídico

tiene prioridad lógica: Natalino IRTI, lntroduzione allo studio delDiritto privato, Padua,
Casa Editrice Dott. Antonio Milani - Cedam, 1990, p. 26. También en: Natalino
IRTI, Introducción al estudio del derecho privado, Traducción y notas de Rómulo Mora
les Hervías y Leysser L. León, Primera edición en castellano de la 4." reimpresión de
la 4." edición (1990) italiana, Lima, EditoraJurídica Grijley E.I.R.L. 2003, pp. 76-77.
(12) Vincenzo ROPPO, 11 contratto del duemila, Turín, G. Giappichelli Editore, 2002, pp. 4-5.
(13) Andrea D'ANGELO, Contralto eoperazioneeconomica, Turín, G. GiappicheIli Editore, 1992, pp. 58-69. Andrea D'ANGELO, Contrato y operación económica en E-studios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), Selección, traducción y notas de Leysser L. León, Presentación de Vincenzo Roppo, Lima, Ara Editores, 2003, pp. 608-623.
(14) Andrea D'ANGELO, Contralto eoperazioneeconomica, Turín, G. GiappicheIli
Editore, 1992, p. 62. Andrea D'ANGELO, "Contrato y operación económica" en "Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)", Selección, traducción y notas de Leysser L. León, Presentación de Vincenzo Roppo, Lima, Ara Editores, 2003, p. 613.
(15) ¡bid, loco cit.
(16) Bruno SCHMID UN, "La causa del contratto nel codice civile francese, Qualche
osservazione sul consenso unilaterale e la causa lecita nell 'obbligazione secondo l'art. 1108 del
codice civile", en Causa e contratto nella prospettiva storica-comparatistica, Palermo, 7-8 de

junio 1995, al cuidado de Letizia Vacca, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese,
1997, p. 286.
(17) SOMMA, Alessandro, Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale, Aspetti storico-comparativi di una vicenda contrattuale, Milán, Dott. A. Giuffre Editore,
S.p.A., 2000, p. 400.
(18) Rómulo MORALES HERVIAS, Estudios sobre teoría general del negocio jurídico, op. cit., pp. 147-150.
(19) Giovanni Batl:Ísta FERRI, Il negozio giuridico tra liberta e norma, Quinta edi
ción, República de San Marino, Maggioli Editore - Rimini, 1995, pp. 62-86. Giovanni Batista FERRI, 1-1 negocio jurídico, Traducción y notas de Leysser L. León, Lima, Ara
Editores, Lima, 2002, pp. 125-158.
(20) Giovanni Battista FERRI, Il negozio giuridico tra liberta e norma, op. cit., p.
288. Giovanni Batl:Ísta FERRI, El negocio jurídico, op. cit., p. 439.
(21) Vicenzo SCALISI, "La teona del negozio giuridico acento anni dal BGB", en Rivista di Diritto Civile, Primera parte, Padua, Casa Editrice Dott. Antonio Milani Cedam, Año XLIV, N2 5, Septiembre-Octubre 1998, pp. 564-582.
(22) Giovanni Battista FERRI, Causa e tiPo nello. teoria del negozio giuridico tra libertO. e norma, reimpresión inalterada, Milán, Dott. A. Giuffre Editore, 1968, pp. 64-65.
(23) La obra jurídica sobre negocio jurídico desarrollada por Lizardo Taboada es única en el sistema jurídico latinoamericano por su lucidez y claridad al exponer la teoría negocial desde el punto de vista preceptivo: Lizardo TABOADA CÓRDOVA, La causa del negocio jurídico, Segunda edición, Lima, Editorial San Marcos, 1999. Lizardo TABOADA

CÓRDOVA, Acto jurídico, negocio jurídico y contrato, Lima, Editora
Jurídica Grijley E.I.R.L., 2002.
(24) A pesar de criticar la teoría normativa propuesta por Luigi Ferri, Lizardo Taboada reconoce sus aportes: TA-BOADA CÓRDOVA, La causa del negocio jurídico, op. cit., pp. 500-501: "El único argumento de Ferri que nos parece bastante importante para cuestionar la causa como función económico social esjustamente la propia noción de causa que nos brinda el mismo autor y que, en nuestra opinión, es de corte neocausalista. Utilizar su propia noción de causa como argumento para combatir una que no comparte, no nos parece suficiente ni categórico, pero si bastante útil, por cuanto Ferri demuestra, con su noción neocausalista normativa de causa del negocio jurídico, que una noción objetiva y legal como la función económico social no sirve para resolver los problemas que plantea la doctrina de la causa, no sólo en el ámbito de la causa ilícita, sino fundamentalmente en el sentido de apreciar cada negocio jurídico como una operación real, como una conducta social, establecida en determinadas circunstancias que le dan un color y sentido especial". TA-BOADA CÓRDOVA, Acto jurídico, negocio jurídico y contrato, op. cit., p. 85: "Queda claro, pues, cómo dentro del pensamiento de Luigi
Ferri el negocio jurídico es, como para todos los demás, un supuesto de hecho, pero un supuesto de hecho diferente, porque contiene en sí mismo normasjurídicas, tiene un contenido normativo. Aspecto que no reconoce la mayor parte de
la doctrina sobre el negocio jurídico, pues se entiende que el contenido del supuesto de hecho es la declaración de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos, o de efectos prácticos. Sin embargo, la utilidad de esta opinión, minori

taria por cierto, radica en que nos demuestra que, incluso dentro de una concepción normativista, referida a que el negocio tiene un contenido de normasjurídicas, se acepta también la idea que el negocio jurídico es un supuesto de hecho, es decir, un hecho previsto en abstracto por la norma jurídica, que una vez produci
do en la realidad produce los efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento jurídico.
Esta concepción sobre el negocio jurídico como supuesto de hecho, que la misma concepción normativa acepta, tiene el mérito de haber establecido con suma claridad que el negocio jurídico no consiste únicamente en una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos porque lo han querido así los declarantes,
sino que ello es así por cuanto el derecho atribuye efectos jurídicos a la declaración de voluntad, que conjuntamente con otros elementos, requisitos y presupuestos, se ajuste a un supuesto de hecho específico o genérico. Se rompe por consiguiente definitivamente el dogma falso de que la voluntad por sí misma puede ser creadora de efectos jurídicos, de que la voluntad es todopoderosa, omnipotente y de que el
ordenamiento jurídico se debe limitar a reconocerlos".

(25) Angelo FALZEA, Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto, Primera parte, Cuarta edición revisada, Milán, Dott. A. Giuffre, S.p.A., 1992, p. 29.

(26) Angelo FALZEA, Voci di teoría generale del diritto, Tercera edición ampliada, Milán, Dott. A. Giuffre, S.p.A., 1985, p. 299.

(27) Adolfo DI MAJO, La tutela civile dei diritti, Tercera edición revisada y actualizada, Milán, Dott. A. Giuffre Editore, 2001, p. 4.

(28) Juan MONROY GÁLVEZ, Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil, en Revista

Peruana de Derecho Procesal, Tomo 1, Lima, 1997, pp. 25-26: "Por otro lado, nos parece recusable considerar que el control normativo de la casación alcance a los acuerdos nacidos de la voluntad privada. Quienes así afirman, consideran literal y superlativamente el concepto de la Lex contractus, por lo que estiman que tales acuerdos constituyen normas jurídicas de carácter privado. Esto no descarta que, por ejemplo, en la discusión judicial sobre un contrato, se lleve este conflicto al conocimiento casacional de la Corte, en tanto tal conflicto está referido al cumplimiento de las normas de orden público que, en algunos casos, perfilan los requisitos esenciales de un contrato. Como resulta evidente, se trata de cuidar la vigencia de las normas imperativas en materia contractual. Otro tema discutible es el referido a la interpretación de la voluntad contractual. En nuestra opinión, compartiendo lo expresado por Guzmán Fluja, consideramos que se tratará de un tema casacionable, en tanto se hayan afectado las normas que regulan la hermenéutica contractual". Coincide Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, Interpretación contractual y casación, en Informativo legal, Edición facsimilar, Volumen N2 175, Lima, Enero, 2001, p. 21: "Si bien la interpretación de los hechos en sí mismos es cuestión reservada a las instancias de fallo, sí pueden y deben ser materia de casación: (a) la falta de aplicación a los hechos de una norma de derecho material sobre interpretación; (b) la aplicación indebida - o sea, impertinente-, o la interpretación equivocada de una norma material sobre interpretación; (c) la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación incorrecta de una regla de interpretación que, aunque no recogida en el ordenamiento positivo, tenga alusión al caso".

(29) Enrique VÉSCOVI, Los recursos judiciaks y demás medios impugnativos en Iheroamérica, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, p. 253: "La ley, entendida como

"norma de derecho", significa, reiteradamente, el más amplio criterio". y más adelante el procesalista uruguayo dice en la página 254: "También la regla de derecho debe estar integrada por la costumbri'.

(30) A diferencia de los ordenamientosjurídicos alemán e italiano en los cuales existe una garantía indirecta a la autonomía privada: Giuseppe GRISI, L 'autonomia privata, Diritto dei contratti e disciPlina costituzionak dell'economia, Dott. A. Gi uffre Editore,
S.p.A, Milán, 1999, p. 130.

(31) "Artículo III del Título Preliminar del Código Civil peruano.- La Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".

(32) "Primer párrafo del artículo 62 de la Constitución Política peruana.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley".

(33) Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?' en Derecho civil patrimonial, Primera edición, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997, p. 113.

(34) Federico DE CASTRO Y BRAVO, El negocio jurídico, Reedición de la Segunda Reimpresión de la Edición original de 1971, Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1985, p. 33.

(35) Man uel GARCIA AMI GO , Instituciones de Derecho civil. Parte general, Edi torial Revista de Derecho Privado,

Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1979, Tomo 1, p. 213.
(36) DE CASTRO Y BRAVO, op. cit, pp. 54-55: "Al observar la eficacia del negocio jurídico, se advertirá que ella no deriva sólo de la declaración de voluntad, sino que la regla negocial tiene origen y carácter heterogéneo; es más extensa o más
limitada que lo establecido en el negocio mismo. Este pone en movimiento (condiciona la aplicación) las normas que otorgan eficacia al negocio, pero también a los
preceptos imperativos (aplicables aun en contra de la voluntad expresada) y dispositivos (aplicables en caso de no darse voluntad contraria)".

Prólogo
a la edición peruana

Es motivo de orgullo constatar que mi curso de Derecho Civil sobre el contrato en general, conforme a la edición de la casa Zanichelli de Bolonia, publicada en 1982, ha suscitado el interés de jóvenes estudiosos y docentes de la Pontificia Universidad Católica de Lima, Perú, y de la circunstancia de que me hayan propuesto utilizar la obra en su actividad de enseñanza de la materia.

La difusión, el eco, de mis investigaciones sobre el contrato y la autonomía privada en las distantes tierras del continente americano es, para mí, motivo de honda satisfacción, más aun, por cuanto ellas han podido ser plasmadas en la noble lengua castellana.

En la presente oportunidad, me limitaré recordar que mi primer trabajo sobre estos temas, titulado Nozione giuridica dell'autonomia privata, hizo su aparición en la Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, y marcó el inicio de una serie de investigaciones que hube de dedicar a la cuestión. Aquellas páginas, además, fueron incluidas por el insigne civilista Francesco Messineo en la compilación de estudios reunidos en su honor. No puedo dejar de recordarlo, porque ello gratifica profundamente, hasta hoy, mi labor académica.

Espero que los estudiantes puedan reconocer en cuanto he escrito el modesto intento de alguien que aquí no ha pretendido sino lenar lógicamente las más importantes instituciones del área civil, como lo son el negocio jurídico y el contrato.

El autor Bolonia, septiembre del 2003.

Introducción al estudio del contrato

1. Premisa

Pienso que el derecho existe, es decir, que el derecho es una realidad; sin embargo, también tengo que reconocer, de inmediato, que la veracidad de tal afirmación es indemostrable experimentalmente. El derecho no es algo que podamos percibir por nuestros sentidos, ni directamente ni a través de sofisticados instrumentos de observación. Aun cuando los juristas nos presentan la jurisprudencia, demasiado a menudo, como una ciencia, y hablan, a sus anchas, de "fenómeno jurídico", resulta a todas luces evidente que no se trata de ciencia en sentido estricto, porque el objeto de estudio, o sea, el derecho, está representado, no por cosas o hechos, sino por realidades o entes ideales o espirituales. Por lo tanto, mi afirmación se basa sobre una elección de fondo que admite existencias metasensibles.

Desde un punto de vista estrictamente cientístico (absolutizante de los métodos de la denominada "ciencia experimental") parece correcto afirmar, con Olivecrona, que el derecho, como tal, no exis
te, o que el derecho se identifica con el hecho(l). Pero se trata de una afirmación fundada sobre el presupuesto de que es real sólo lo que puede ser verificado experimentalmente, y no

lo que simplemente puede ser pensado. La base de esta posición es también una elección de fondo.

Comúnmente, se considera que el derecho está formado por nOi'mas, por imperativos, por mandatos (comandz). Pero no se trata de mandatos en sentido estricto. Hay un mandato cuando alguien, con palabras o gestos, busca ejercer sugestión sobre otro para inducirlo a hacer o no hacer alguna cosa. Por consiguiente, el mandato supone una relación personal (2). Los imperativos jurídicos no son de tal naturaleza. Estos se caracterizan por ser imperativos o mandatos independientes de una voluntad que los fundamente, como voluntad actual. El mandato en sentido estricto es un hecho natural, que constatamos con nuestros sentidos, es decir una realidad física indubitable. Es, para ser exactos, un acto con ~l cual se manifiesta o declara una voluntad, con la precisa intención de persuadir a una o más personas a actuar de un cierto modo. En cambio, las normas jurídicas son realidades ideales. Aun traducidas en textos escritos, ellas no se transforman en elementos del mundo físico por dicha razón; nadie osaría sostener que ellas se identifican con las hojas de papel o con los signos impresos(3). Analizando esta realidad ideal que es el derecho se descubre que la norma jurídica contiene la idea del deber, porque toda norma impone un deber al cual corresponderá, luego, por el carácter bilateral o sinalagmático del "fenómeno" jurídico, un derecho subjetivo (en sentido lato). Emerge, así, la figura de la relación jurídica en la cual se reconoce una suerte de síntesis del derecho y del deber jurídico. Al igual que las normas, los deberes y los derechos que nacen de ésta no son realidades físicas sino ideales. Olivecrona(4) escribe, en efecto, y coherentemente con sus premisas, que los derechos y deberes no tienen ninguna existencia

objetiva, y que son construcciones o frutos de la imaginación humana.
A mi parecer, se debe afirmar que los derechos y los deberes, al igual que las normas, tampoco existen como hechos o entidades naturales; pero no se debe negar su realidad ideal, y su consistencia como puntos de referencia objetivos(NP). Puedo reconocer que ello conlleva un componente de superstición(5), o sumergirse en la jungla meta
física(6); pero se trata de una superstición o de una metafísica que constituyen un postulado imprescindible de la vida social.
Olivecrona identifica el derecho con el hecho; por ello, aprecia la esencia del derecho en la fuerza, en la coerción, que es hecho
natural, mientras que todo aquello que precede la constricción b el uso de la fuerza, es derivado al mundo de la imaginación, de la fanta
sía, es decir al mundo de 10 irreal. Pero la fantasía y la imaginación
son hechos meramente individuales; y entonces ¿cómo pueden na
cer de hechos meramente individuales el vínculo, la relación, la or
ganización, la estructura social? En mi opinión, es necesaria alguna
cosa objetiva y real para no tener que reconocer que el fundamento
de la Sociedad es la nada.
Kelsen contrapone derecho y naturaleza, pero no parece llegar
a la negación del derecho como realidad. Él se detiene en la diferen

cia entre ser y deber ser, que es brindada a nuestra conciencia de manera inmediata, sin posibilidad de ulteriores explicaciones(7). Se trata de un dualismo intuitivo. El deber ser es el significado de una norma. Pero si el deber ser es distinto del ser, porque 10 que debe ser aún no es, sino que sólo puede devenirlo, da la impresión de que se tiene que concluir que también para Kelsen el derecho, la norma,

algo distinto del hecho, no existen. Mas no es ésta la conclusión de Kelsen, quien insiste en afirmar, por el contrario, que la norma es algo objetivo, que es voluntad objetiva, es decir voluntad sin psicología, aun cuando sea impuesta a través de un acto de voluntad de un particular.

De importancia fundamental para Kelsen es la distinción entre acto o fuente normativa (hecho) y norma. El acto (o la fuente) es cosa, pertenece a la naturaleza, es un "ser", la norma es un "deber ser" (8). También aquí se podría objetar que si la norma es "deber ser", entonces "no es" (conclusión de Olivecrona). Pero se debe precisar que lo que debe ser no es la norma, como tal, sino el hecho o el comportamiento previsto en ésta o señalado como hipótesis, que puede no haberse verificado o no verificarse. La norma, en cuanto tal, ya existe, incluso si no llega a uniformar los comportamientos a su contenido. Existe, repetimos, como entidad ideal en su propio mundo, "el mundo del deber"(9). "Deber ser" y "ser", sollen y sein, no siempre son conceptos incompatibles: también respecto de un sollen, cuando se manifiesta en norma, se puede decir que es un sein, en el sentido ahora aclarado.

2. Derecho y hecho

El derecho regula los comportamientos humanos en una Sociedad para hacer posible una convivencia pacífica. A través de sus normas, el derecho ordena, prohíbe, permite, confiere poderes. La licitud o la ilicitud de un acto (en el plano jurídico) no son cualidades o propiedades naturales que puedan extraerse a partir del examen del acto en su materialidad de hecho natural. Conforme al perfil naturaJístico, la ejecución de una condena a muerte no se distingue de un asesinato(lO). La calificación de un acto es dada por una norma, pero ella, a su vez, es impuesta por un acto, que, como tal, es
regulado o previsto por una norma, que, para distinguirla de la pri
mera, llamaremos "norma superior".
Olivecrona considera imposible explicar racionalmente de qué modo eventos del mundo sensible, como los actos del hombre, pue
dan producir efectos en el supuesto "mundo del deber" que es com
pletamente diferente(11).
Siempre se ha afirmado que del hecho nace el derecho (ex-facto
orittlr ills). Empero, Olivecrona rechaza tal axioma, porque este au
tor opera con el principio de causalidad, y considera las normas como
hechos, es decir, como "eslabones de una cadena causal" ()~). Para
Olivecrona, en concreto, del hecho no puede nacer sino otro hecho,

y también el derecho es hecho y solamente hecho.
Kelsen reconoce que el derecho es una realidad que nace del hecho, pero que es disÜnta del hecho, realidad en un mundo dife
rente del mundo físico. No llega a explicar, sin embargo, cómo es
que se produce el nacimiento del derecho. Para él, se trata de un
misterio, de un gran misterio(l3!.
Pienso que es necesario recurrir al conceptO de creación. Con la ley, como con el contrato, el hombre crea derecho. Es una activi
dad afín a la del artista, del poeta, que crea, precisamente, la obra de arte. La ley, como la obra de arte, no son causadas, sino creadas. Es por dio, quizás, que los antiguos legisladores eran considerados por sus pueblos como dioses o inspirados por los dioses, y que los contratos estaban envueltos en formas sagradas. El legislador, como Dios, es un creador.

3. El ordenamiento jurídico y su desarrollo

En todo ordenamiento jurídiCo tenemos una disposición de las
normas, y por consiguiente de las fuentes, en una suerte de escala o de jerarquía; todo acto que crea derecho, o acto normativo, es, a su vez, regulado por el derecho. El derecho es producido por un fenómeno de autoformación y no por aportes del exterior. Todo ordena
miento pr'esenta, por lo tanto, la característica de la exclusividad (14).
Estos son axiomas puestos en evidencia por la escuela vienesa, y, en particular, por Kelsen. No se trata de dogmas, sino de principios

de teoría general que tienen un valor absoluto o, para decirlo con exgresión kantiana, trascendental.
Para conocer un acto desde la perspectivajurídica debemos dar una interpretación normativa del mismo, debemos ponerlo en relación con una norma. Pero ésta es impuesta por un acto susceptible, a su vez, de valoración normativa. En un ordenamiento jurídico en estado de reposo, las valoraciones o calificaciones jurídicas no podrían ser más que de licitud o ilicitud. En el campo moral, concibiendo esta última como absoluta e inmutable, las valoraciones sólo son, en efecto, de licitud o ilicitud. Pero el derecho, el derecho positivo, es continuamente impuesto o creado a través de actos que crean normas generales (leyes) o que individualizan y especifican estas normas generales, transformándolas en normas individuales (contratos, sentencias, etc.); y ya que el derecho mismo es el que regula su formación, existen, junto con las normas que califican los comportamientos o los actos como lícitos o ilícitos -que llamaremos "normas materiales"-, las normas que califican los actos normativos o creativos de derecho, que establecen cuando son válidos estos, y que llamaremos "normas dinámico-instrumentales". El problema de la validez es un problema que se refiere a los actos normativos, es decir, a los actos que crean derecho. Para ser más precisos, se puede afirmar que la validez es un modo de ser de las normas; válidas son las normas que están vigentes(15).
Un acto normativo será válido, y serán válidas las normas que contiene, cuando se forme según cuanto prescriban las normas que regulan este tipo de acto. Como la licitud de un acto debe ser juzgada sobre la base de una norma, así también la validez
de un acto normativo o creativo de derecho debe ser juzgada sobre la

base de una norma que, respecto de aquélla impuesta por el acto, se
designa como "norma superior" (fuente de validez).
Si es verda~ que el fundamento de validez de un acto norma
tivo (o mejor aun, de las normas que éste impone) se debe buscar
siempre en una norma del ordenamiento al cual pertenece el acto
normativo, es claro que para esta segunda norma surge el proble
ma de la validez y la necesidad de ser compatible con una norma
superior. Pero no se podrá proceder hasta el infinito. Es una nece
sidad lógica con el fin de reconocer la existencia de una norma
válida por sí misma(16). Kelsen llama "norma fundamental" a esta
última. Esta norma no está fundada en ninguna otra norma y no es
impuesta con un acto normativo(17). Se debe suponer como exis
tente tal norma, no impuesta, para fundar la validez de todo el or
denamiento jurídico. Estamos en la cúspide de la pirámide, en cuya base encontramos actos jurídicos que constituyen mera ejecución o aplicación del derecho impuesto, y no establecen ni crean normas jurídicas(18). Toda la zona intermedia que se halla entre la cúspide de la pirámide y su base está ocupada por actos que son, al mismo tiempo, actos con los cuales se aplica el derecho ya impuesto y se crea nuevo derecho(l9).

4. El contrato como hecho y como norma

También el contrato (y, más en general, el negocio jurídico) es
un acto normativo, un acto que establece normas. También con respecto al contrato es necesario distinguir el hecho (si se trata de un acto creador de derecho) y las normas creadas por este último (20). El contrato, como acto, es un hecho natural o físico; consiste en manifestaciones de voluntad de dos o más partes que quieren o, mejor aun, declaran querer la misma cosa(21). Las normas que impone son entidades ideales. Contenido del contrato son las normas o imperativos jurídicamente vinculantes.

Como hecho (acto), el con trato está regulado por la ley; como norma, el contrato, a su vez, regula los comportamientos, los actos. Con la palabra "contrato" se designan tanto el acto creador de normas (es decir, el hecho), cuanto las normas creadas por este último (es decir, el derecho) (22). La denominada "voluntad contractual" es, precisamente, voluntad normativa, es decir, voluntad objetiva o libre de psicología. Las normas contractuales son la voluntad contractual. Estas normas valen, es decir, rigen, aunque no estén sostenidas por una voluntad interna o psicológica de las partes contratantes (voluntad que podría estar ausente, incluso en el origen) y serán válidas hasta que no sean abrogadas con otro contrato(23) o no pierdan vigor por la llegada del término final, o por el logro del fin para el cual el contrato fue realizado.
A diferencia de los canonistas, que siempre han distinguido claramente, con respecto al matrimonio, el acto (hecho) y el vínculo (derecho) (24), los civilistas jamás han tenido clara, en relación con los contratos, esta distinción que es, repetimos, fundamental.

También el contrato puede ser tomado en consideración como hecho o como vínculo, es decir como acto y como norma, de donde
nace el vínculo.
Las normas legales que se refieren a la formación o celebración
del contrato conciernen al contrato como hecho (o acto). Lo mismo ocurre con las normas que regulan la forma. También la materia de
los vicios de la voluntad entra en el capítulo del contrato considera
do como hecho. Dichos vicios afectan la voluntad subjetiva de los
contratantes, Y no la voluntad normativa o la voluntad contractual.
Estos se ubican en la fase formativa del contrato, constituyen acaecimientos, es decir, hechos (aunque sean hechos psicológicos).
Así mismo, hacen referencia al contrato como hecho los motivos que han impulsado a las partes a contratar.
En cambio, son contenido del contrato la norma o el vínculo que nace del mismo: la obligación jurídica. Se comprenden en el
contenido del contrato las condiciones para la entrada en vigor de la norma contractual o por su abrogación, el término (inicial o final)
para su vigencia o validez, como ellos están configurados y previstos en la norma contractual; y por lo tanto, se entiende, no como acaecimientos o hechos. Así pues, es cuestión de derecho aquella referida a la naturaleza de un elemento accidental del contrato: si ella constituye plazo o condición [en la sentencia de la Corte de Casación n. 1713, del 7 de junio de

1974, en "Giurisprudenza italiana', 1975, 1, 1, col. 477, se considera, por el contrario, que se trata de cuestión de hecho]. Ahora bien, todo lo que se refiere al contrato como hecho es objeto de reconstrucción histórica, esto es, de prueba en el ámbito
judicial; en cambio, el contenido normativo del contrato es objeto
de interpretación. La prueba se refiere al contrato como hecho, la
interpretación se refiere al contrato como norma.
La tarea de la interpretación es establecer qué obligaciones Y qué derechos nacen del contrato; ello se logra reconstruyendo la
norma contractual. La interpretación, en efecto, tiene por objeto la
voluntad contractual, es decir, las normas que el contrato impone, y no la voluntad psicológica o subjetiva de los contratantes. Si la interpretación se propusiera reconstruir la voluntad interna o psicológica de las partes, entonces se debería afirmar, verdaderamente, que ésta concierne al contrato como hecho; pero dado que se propone más bien reconstruir la voluntad normativa u objetiva, es decir, establecer qué normas y por lo tanto qué deberes y derechos, nacen del contrato, es necesario afirmar que la interpretación se refiere al contrato como norma o derecho; ella, ni más ni menos, tiende a individualizar estas entidades ideales que son los deberes y los derechos.
Cuando se afirma que con la interpretación del contrato uno se propone encontrar la voluntad, debe entenderse por voluntad, por lo tanto, la voluntad objetiva, que representa el contenido del contrato; lo mismo ocurre en la interpretación de la ley, cuando se busca la voluntad del legislador, que jamás debe ser confundida con la voluntad subjetiva o interna de los

compiladores [la jurisprudencia predominante considera, en cambio, que la interpretación del contrato tiende a determinar la efectiva voluntad de las partes, y que debe ser enmarcada, por consiguiente, en el ámbito de las cuestiones de hecho: véase, por todas, la sentencia de la Corte de Casación, n. 22, del 24 de enero de 1973, en "Giurisprudenza italiana", 1974, 1, 1, col. 1422].

5. Cuestiones de derecho y cuestiones de hecho en materia contractual

Por consiguiente, en relación con un contrato pueden surgir cuestiones de hecho o de derecho. Son cuestiones de hecho todas aquellas que se refieren al contrato como hecho (o acto). Es cuestión de hecho la de establecer si el contrato se ha perfeccionado con el acuerdo; si la manifestación de voluntad se ha realizado en la forma requerida por la ley. Pero también es cuestión de hecho establecer si existen vicios del consentimiento, porque aquí la indagación se realiza en torno de la voluntad, mas no de la voluntad normativa, sino de la voluntad subjetiva de los contratantes. En este caso, la doctrina y la jurisprudencia hablan justamente de quaestio voluntatis como si se tratara de una cuestión de hecho. Si se considera que es necesario que a la voluntad declarada de los contratantes corresponda su voluntad interna, establecer si tal correspondencia existe, es decir, establecer si ellos han querido realmente lo que han declarado, es
una cuestión de hecho, ya que aquí también se trata de indagar so
bre la voluntad interna o psicológica que ha acompañado al acto.
Análogamente, cuando sea relevante la buena fe de una de las par

tes, en la celebración del contrato (por ejemplo en la enajenación de inmueble ajeno, seguida de inscripción, o en la adquisición de un bien de manos del heredero aparente), el problema de verificar su existencia es cuestión de hecho. Asimismo, es cuestión de hecho establecer si un contrato se ha celebrado en fraude a los intereses de los acreedores, o en fraude a la ley.

Las cuestiones de hecho tienen, normalmente, carácter prejudicial respecto a las cuestiones de derecho. Sólo después de haber asegura.do que el contrato se ha celebrado, y que se ha celebrado en la forma requerida, se podrá plantear el problema de su interpretación, que se refiere a su contenido. Pero ello no siempre es verdad, porque para establecer si un contrato se ha celebrado válidamente, a veces podrá ser necesario establecer su tipo, lo cual se podrá hacer únicamente examinando su contenido, es decir, interpretándolo. A este respecto se habla de calificación del contrato, la cual es considerada una operación de derecho [Corte de Casación, sentencia n. 1341, delll de mayo de 1971, en "Giurisprudenza italiana", 1973,1, 1, col. 691] (25).

6. Definición de contrato

Ella está contenida en el artículo 1321 del Código Civil, en el que se señala que "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial" (NPl). Es significativo encontrar aquí el verbo "regular".

Por otra parte, la expresión "acuerdo de dos o más partes para constituir, etc." parece reflejar la superada opinión de que es req uisito o elemcnto infaltable del contrato, la voluntad

subjetiva o interna de los contratantes, orientada hacia la producción de los efectos jurídicos que surgen del contrato. Además. la definición examinada parece tomar posición con respecto a la antigua polémica sobre si basta un propósito empírico o si es necesario un propósito jurídico, al optar por esta segunda solución (~6).

Puesto que el contrato puede ser válidamente realizado incluso en ausencia o en oposición a la voluntad interna, y que los efectos

jurídicos pueden verificarse incluso si son ignorados o no queridos en concreto por una o ambas partes, me parece más correcta, a fin de cuentas, la definición tradicional, que identifica el contrato como fuente de obligación (definición adoptada en el artículo 1173u\P~) del Código Civil), y que omite toda alusión a la voluntad interna o a la intención de los contratantes. Fuente de obligación, porque es fuente normativa, es decir acto con el cual se imponen las normas o imperativos jurídicos. El contrato es fuente de normas, y, por lo tanto, de deberes jurídicos, y, entonces, de obligaciones en sentido lato.

Por consiguiente, todos los contratos son, en sentido lato, obligatorios, aun aquellos que tienen eficacia real, es decir, incluso aquellos que inciden sobre los derechos reales (transfiriéndolos, constituyéndolos, modificándolos), ya que también los derechos reales existen sobre la base de correspondientes deberes (latamente, obligaciones) y todo lo que incide en los primeros no puede dejar de incidir en los segundos. Ello, sin considerar que consecuencias obligatorias, en sentido estricto, jamás pueden faltar, ni siquiera en los contratos con eficacia real (27) .

Otra disposición del Código Civil que tiene un valor de tan alto

significado en cuanto la definición del artículo 1321, es el artículo
1 372(:--¡P3) , en el que se señala que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes(2H). Así no se ha querido equiparar, es decir, poner sobre el mismo plano, la norma o regla contractual y la norma legal, sino simplemente resaltar que también el contrato establece los mandatos jurídicamente vinculantes que se insertan en la pirámide a la que hemos hecho referencia, es decir, en el ordenamiento jurídico, y que constituyen parte integrante del mismo.

La organización social, el tejido de la Sociedad, está conforma
da por normas o mandatos objetivos. Para construir esta organiza
ción, para tejer esta tela, concurren también los particulares, con sus contratos (o, en general, con sus negocios jurídicos).

Ello implica que también la regla contractual es nonna jurídica (29).

En cambio, es opinión ampliamente admitida por nuestra doc trina civilista que la norma jurídica es solamente la norma legal (en
sentido amplio). Pero tal premisa no resulta demostrada de manera convincente. Si es verdad que el contrato y la ley no están en el mismo plano, es verdad también, sin embargo, que ambos son actos jurídicos que tienen un contenido normativo. La ley y el contrato pertenecen a un mismo genus. Cuando hablamos de norma, por lo tanto, no entendemos solamente la norma general, contenida en la ley, sino que consideramos como tal también la norma individual, como lo es, comúnmente (pero no siempre), la contenida en el contrato(30).

7. Autonomía privada y contrato

Estableciendo la regla o el precepto contractual, dos contratan tes no constituyen, como se ha dicho, un ordenamiento autónomo
para ellos o distinto del Estado, sino que actúan en el ámbito del
ordenamiento general del Estado. Ellos tienen a su disposición el
instrumento contractual y se sirven de él porque saben que podrán recurrir a los tribunales del Estado para obtener que el precepto contractual sea declarado (actividad jurisdiccional) y ejecutado coactivamente (actividad ejecutiva), por obra de órganos del Estado, o incluso para que sea convertido en la obligación de pagar una suma de dinero a título del resarcimiento del daño como consecuencia del incumplimiento.

Si se ve el ordenamiento, yal Estado que se identifica en este último, como una organización dirigida, en definitiva, al empleo de la fuerza, se puede reconocer, fácilmente, que el contrato se inserta en tal ordenamiento, y se convierte en parte integrante del mismo, siendo susceptible de ejecución coactiva, aunque no siempre en fonna específica.

Por lo tanto, es necesario que la palabra "autonomía" no sea mal entendida. Para el contrato y el negocio jurídico se habla correctamente de "acto de autonomía privada", no porque el contrato o el negocio produzca ordenamientos autónomos, sino porque establecen normas que, por regla, vinculan a los mismos que las disponen.

Por lo demás, el derecho creado por los particulares puede valer como derecho sólo si existe también el derecho público, es decir, si existen órganos estatales que provean para que aquél se realice, declarándolo (actividad jurisdiccional), e

imponiéndolo, si es necesario, mediante la fuerza (coerción). Ius privatum sub tutela iuris publici iacet, afirmaban nuestros antepasados, teniendo presente que es en virtud de esta protección, justamente, que la norma creada por los privados cobra la dignidad de norma jurídica. En otras palabras, el deber (la obligación) que nace del contrato adquiere naturaleza de vínculo jurídico solamente si éste, en sentido estricto, ha sido secundum nos trae civitatis iura, como reza la célebre definición romana; es decir, si se inserta en el ordenamiento jurídico del Estado. El mismo concepto es expresado en términos modernos por Kelsen, quien escribe que las normas creadas con el contrato no son autónomas, sino que postulan la existencia de normas legales que vinculan una sanción con la conducta contraria a las normas contractuales mismas(31); éstas, por lo tanto, tienen necesidad de ser integradas o complementadas por normas legales.

Pero si es verdad que las normas contractuales y, en general, el derecho privado, no podrían existir sin la protección del derecho público, no es cierto que, en sentido contrario, no puedan existir ordenamientos jurídicos autónomos y completos, que no conozcan el derecho privado y el negocio jurídico, o la propiedad privada misma o, más en general, el derecho subjetivo privado. En un ordenamiento sin derecho privado todo el derecho se formará a través del método autocrático(32), es decir, será impuesto por los individuos en posición de superioridad a los otros individuos que se encuentran en un estado de sujeción (heteronomía). En cambio, donde existe el derecho privado, y, en particular, donde sea reconocido el contrato, tendremos que las partes contratantes estarán ligadas por

un vínculo jurídico que ellas mismas se han creado (autonomía). Como justamente observa Kelsen, el contrato representa un método típicamente democrático de creación del derecho(33).

La distinción entre derecho público y derecho privado no tie ne, por lo tanto, un valor absoluto, no es un axioma de la teoría
pura del derecho, pues bien puede concebirse un ordenamiento
donde el segundo no se presente. Lo que sí parece insostenible, en absoluto, es que existan ordenamientos que sean totalmente privados. Sin la figura del juez y del "policía" no puede existir un ordenamiento jurídico.

---

(1) K. OUVECRONA, Il diritto come fatto, trad. ital., Milán, p. 37 Y p. 14, afirma que una norma existe solamente como contenido de una idea en la mente de los hombres; y agrega que ella no denota ninguna realidad.
(2) K. OUVECRONA, op. cit., p. 33.
(3) ¡bid., p. 37.
(4) ¡bid., p. 75.
(NP) [Nota de los Presentadores] Por eso acertadamente Angelo Falzea dice: "A veces la objetividad se entiende como objetividad real y remite a una realidad de hecho que todo sujeto humano normal está en grado de observar e igualmente determinar. Por el contrario, en alguna medida la objetividad de la norma debe ser
objetividad ideal, no inmediatamente o no completamente real". Angelo Falzea, Introduzione alk scienze giuridche, Milán, Dott. A. Giuffre Editore, S.pA, 1992.
(5) K. OLIVECRONA, p. 76.

(6) Ibíd., p. 78.
(7) H. KELSEN, Reine &chtskhre, Wien, 1960, 2da. ed., p. 5.
(8) op. cit., p. 5.
(9) Véase: K. OUVECRONA, op. cit., p. 13, donde se examinan estas posiciones de Kelsen.
(10) H. KELSEN, op. cit., p. 4.
(11) K. OLlHCRONA, °lJ. cit., p. 14.
(12) ¡bid., lve. rito
(13) ¡bid., wc. cit.
(14) H. KELSEN, op. cit., p. 228.
(15) H. KELSEN, op. cit., p. 264.
(16) ¡bid., p. 204.
(17) Por tanto esta norma fundamental no puede estar representada por la
constitución positiva, que no puede contener sino normas impuestas, las cuales,justa
mente en cuanto tales, deben encontrar su fundamento en una norma superior.
(18) H. KELSEN, op. cit., p. 239.
(19) ¡bid., loco ult. cit. El autor precisa que la creación de derecho es, al mismo tiempo, aplicación de derecho preexistente. Los dos casos-límites dentro de los cuales se desarrolla el proceso de creación y aplicación del derecho, es decir la norma
fundamental y el acto de constricción, son los únicos que no presentan en sí mismos las dos características, por ser el primero meramente creativo de derecho, y el segundo, meramente aplicativo. En cambio, todo otro acto jurídico es, a su vez, aplica
ción de una norma superior y creación, regulada por esta norma, de una norma subordinada.
(20) H. KELSEN, op. cit., p. 264.
(21) ¡bid., loco ult. cit.

(22) ¡bid., p. 26L
(23) ¡bid., p. 265.
(24) Véase, por todos, A. BERTOLA, Il matrimonio, en Trattato di diritto civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli, Milán, 1963, p. 6 Y ss.
(25) A. CATAUDELLA, Sul contenuto del contratto, Milán, 1966, p. 98 Y ss.; MAzEAUD, Le¡;ons, t. n, vol. 1, Théorie générale, París, 1969, p. 288.(:-¡Pl) [N. de los P.] La norma citada es casi idéntica a la definición en el Código Civil peruano de 1984: "Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".
(26) Sobre el problema, véanse las agudas observaciones de C. GRASSEITI, "Rilevanza dftrintento [fiuridÜ:o in ((/SO di divergenz.a datrintl'nto ellljJíriro", en "Studi ecollomira-[fiuridici delLfl Universita di Caglian", Y01. XXIV (1936), p. 10í Y ss.
(27) "Artículo 1173 del Código Civil italiano de] 942.- Fuelltfs de las obligaríanes.- Las obligaciones derivan del con tralO, del hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas, de conformidad con el ordenamiento jurídico".
(28) E. REDENTI, La causa dd contralto sfcondfJ il nostm codice, en "Rivista trimestraLR di dirilto f pmcedura civilR", 1950, p. 898, después de haber indicado que el contrato establece una "ley pactada", observa que dicha ley está presente incluso en aquellos
contratos "que parecen agotarse en un dar o en un hacer o, en todo caso, en un cambio contextUal de una sitUaciÓn jurídica", porque "ocurrirá siempre ea lege que no se podrá repetir ni se podrá restablecer unilateralmente la situación anterior".

F. MESSIN~(), Il contralto in gmere, t. 2, Milán, 1972, p. 56, escribe, incisivamente, que "el contrato es, antes de todo, y en todos sus tipos, obligatorio".
Sobre estos problemas, en general, debe resaltarse también la fundamental obra del mismo REDENT1, Dei contratti nella pratica c01mnerciale, 2¡. ed., Padua, 1934,
que conserva aún notable interés para el estudioso del contrato.
(~r3) [N. de los P.] "Artículo 1372 del Código Civil italiano de 1942. t.1icacia del contrato.- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto sino por mutuO consenso o por causas admitidas por la ley.
El contrato no produce efectos respecto de los terceros en los casos previstos por la ley".
[A. de los P.] El artículo 1363 del Código Civil peruano establece que: "Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles".
(28) MESSINEO, op. cit., p. 54, afirma que la expresión del artículo 1372 "tiene carácter enfático y de mero traslado", y que contiene "un mandato de naturaleza ética: ciertamente na-juridica". Pero, entonces, según MESS1NEO, ¿el cumplimiento del contrato quedaría abandonado a la sensibilidad moral de los contratantes, Y el que incumple no incurriría en sanciones jurídicas, sino que se expondría, simplemente, una reprobación moral?
La causa por la cual Messineo llega -inadvertidamente, pienso- a esta extraña toma de posición se identifica en una actitud instintiva, común a muchos de nuestros civilistas, que el mismo autor se encarga de confesar, cuando declara: "repugna -como otras que no señalaremos-la afirmación de que, entendida al pie de la letra, la locución [del artículo 1372]

tendría el efecto de transformar el contrato en fuente de derecho objetivo[...]".

En resumen, Messineo refiere la solución correcta y la rechaza porque la "repugna". Es necesario pensar, precisamente, que la aversión de muchos juristas a ver en el contrato un acto con el cual se establecen (se crean) normas jurídicas es un hecho irracional e instintivo.

(29) G. PANZA, Struttura del contratto, en la obra de N. LIPARI, Diritto priuato, una ricerca per l'insegnamento, Bari, 1974, p. 319, no comparte esta posición.

(30) L. FERRI, L 'autonomia priuata, Milán, 1959, p. 25, donde son citados autores en los cuales me he inspirado, entre los cuales recordaré, ahora, a Santi ROMANO, Frammenti di un dizionario giuridico, Milán, 1947, voz" A utonomid', p. 27.

(31) H. KELSEN, op. cit., p. 261 in fine.

(32) Ibid., p. 295.

(33) H. KELSEN, op. cit., p. 285.

[A. de los P.] En igual sentido: Natalino lrti, "Autonomia privata e forma di stato (Intomo al pensiero di Hans Kelsen) '; en "Rivista di DiriUo Civile", Fundada por Walter Bigiavi, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Año XL, Enero-Febrero, NQ 1,

Padua, 1994, p. 23: "La autonomía privada - como libertad asociativa, que; al interior del ordenamiento estatal, genera nuevas normas con incesante dinamicidad se identifica con un método de producción jurídico, que Hans Kelsen define democrático. Es ante todo, más propiamente, un modo de ser del EStado democrático: el cual no se acaba en los procesos electorales y en los debates parlamentarios, sino, se propaga de arriba hacia abajo, suscita dentro de sí innumerables grupos y fuentes de nor

mas. Se revela, así, la excesiva genialidad de Kelsen, que, ya en los primeros años del siglo, enlazaba la autonomía privada a la forma del Estado democrático".

8. Autonomía privada, ordenamiento jurídico y contrato

Los particulares que realizan contratos o, más en general, negocios jurídicos, lo hacen en cuanto miembros de una organización jurídica que les confiere tal poder. Los contratos crean relaciones jurídicas (obligaciones) a través del establecimiento de normas, que tienen valor de mandatos jurídicos, en atención a que existen tribunales que aplicarán sanciones, en caso de incumplimiento. La autonomía privada no es un poder originario o una libertad natural, sino un poder conferido por el Estado, es decir, por el ordenamiento, el cual puede someterlo, por lo tanto, a cargas y límites de naturaleza formal y sustancial (34). La autonomía privada es estructural y sustancialmente limitada. Ella crea normas que son realización de un derecho preexistente, es decir, de normas superiores (legales). Por consiguiente, no es una actividad creativa absolutamente libre y espontánea. Ella no crea "el derecho", porque la existencia del derecho, es decir, del ordenamiento jurídico, es un presupuesto: ella crea "derecho", es decir, normasjurídicas que desarrollan, individualizan, un derecho preexistente; normas que insertándose en el ordenamiento asumen las características de la juridicidad.
Es por ello que se habla,justamente, de "inserción del acto privado en el ordenamiento" (35), y que se define el contrato como "instrumento concedido a los particulares para regular sus intereses" con un "orden vinculante"(36); se hace referencia a una "potestad de autodeterminación"(37), como "poder

de imponer a sí mismos las reglas para la adaptación de los intereses recíprocos" (38).

El tejido social, el tejido de la Sociedad, está conformado por normas, como se ha dicho, y entre éstas también se cuentan las creadas a través de los contratos. Si éstas se deben considerar expresión de autonomía privada, es necesario reconocer que la autonomía privada es potestad normativa atribuida a los particulares. Ahora bien, los particulares, cuando ejercen dicha potestad, deben considerarse órganos del ordenamiento jurídico(39), y no creadores de un ordenamiento separado o distinto del estatal. Los privados, a través de la autonomía privada, integran el ordenamiento estatal, en el cual, por lo tanto, las normas de formación privada llegarán a encontrarse con

las normas de formación pública(4O). ¿Cómo podría hablarse del contrato como ordenamiento autónomo o distinto, cuando vemos que el reglamento que surge resulta casi siempre de un contexto de normas propiamente contractuales y de normas legales supletorias o dispositivas, que cooperan para la formación del resultado efectual y global del contrato mismo? El artículo I374(NP4) del Código Civil, sobre la integración del contrato, parece ser significativo al respecto;

lo mismo puede decirse del artículo 1339(NP5), relativo a la inserción

automática de cláusulas.

Las normas públicas y las normas privadas conforman un único

ordenamiento. Incluso cuando nosotros actuamos como particula

res siempre estamos limitados y vinculados por las leyes del Estado(41).

Tampoco se trata de ordenamientos conexos o dependientes. La dependencia jerárquica se debe apreciar, no entre los

ordenamientos, sino entre las fuentes normativas. Con ello no se descarta con carácter absoluto que puedan configurarse hipótesis de ordenamientos dependientes o subordinados, como podrían serIo los ordenamientos estatales respecto del ordenamiento internacional.

9. Preceptividad del contrato

No me parece que merezca ser acogida aquella orientación doc
trinal que aun reconociendo al negocio, y, por lo tanto, al contrato,
naturaleza preceptiva, niega que se trate de preceptividad jurídica. "El negocio -se afirma- se destaca, ya en la realidad prejurídica, como instrumento de disposición de los privados intereses, y el derecho sólo se limita a atribuirIe los efectos correspondientes con su naturaleza"(42).
En realidad el negocio, y por lo tanto el contrato, nacen ya como actos normativos en el plano jurídico, por que los privados expresan, con el '
contrato, la potestad, atribuida a ellos por el ordenamiento, de crear normas jurídicas. El contrato nace como fuente de obligaciones, y es tal porque tiene naturaleza de fuente normativa. Si él crease vínculos solamente en el plano prejurídico no sería un contrato.
Nadie piensa negar, con lo señalado, que el contrato sea también un hecho. Todas las normas jurídicas (salvo las consuetudinarias) son establecidas a través de los actos jurídicos, que en cuanto tales,
justamente, son regulados y calificados por el derecho. Pero en cuanto norma, el contrato es, simultáneamente, derecho, y, por lo tanto, norma (que califica). Luego de que el contrato ha entrado en vigor se podrá afirmar que cierto comporta-

miento es calificado (por el contrato) como incumplimiento: se trata de aquella conducta que viola la norma contractual. Sostener que respecto del contrato el derecho se limita a atribuirIe los efectos correspondientes a su naturaleza no tiene mayor significado. También respecto del acto ilícito se puede decir que el derecho le atribuye efectos correspondientes a su naturaleza, porque la obligación de resarcir el daño es, ciertamente, la sanción más congruente. Pero lo que diferencia el acto ilícito del contrato está representado por el hecho de que el primero pone en acción los efectos que están determinados por la ley, es decir, hace entrar en aplicación la norma legal que obliga al resarcimiento al autor del daño; el segundo, en cambio, hace entrar en acción las normas, que están contenidas en él mismo. Por lo tanto, mientras que del acto ilícito se derivan sólo efectos legales, es decir, efectos previstos y regulados por la ley, del contrato derivan, ante todo, efectos contractuales o negociales, precisamente, porque estos están regulados por el contrato.

10. Poder de disposición y patrimonialidad de contrato

Recientemente se ha afirmado que el contrato no contiene preceptos sino disposiciones, y que tiene naturaleza dispositiva y no preceptiva(43). Y se agrega, según una visión tradicional, acríticamente acogida, que del contrato nacen relaciones jurídicas, y no normas (44)
(al respecto, véase lo que señalamos más adelante). Sobre el primer punto, me parece que es posible observar que precepto y disposición son términos que, lejos de presentarse como antitéticos, casi pueden parecer sinónimos. En el lenguaje común, dar mandatos, es decir, imperativos, y dar disposiciones significa más o menos la misma cosa(45). Por tanto, se puede afirmar, correctamente, que el contrato tiene naturaleza

dispositiva,justamente porque contiene mandatos, normas vinculantes para las partes. Es bastante común entre los juristas el uso de la expresión "acto dispositivo" por "acto negocial"; y es bastante común la identificación del poder de disposición con el poder de autovinculación que se reconoce a los particulares, de crear un reglamento para sí mismos, a través de la autonomía privada(46).

De gran interés es considerar, luego, que en el uso legislativo los términos "disposición" y "disponibilidad" se refieren, a menudo, no al aspecto formal, sino más bien al contenido o al objeto del acto de disposición, es decir, a la materia. Se habla de materia "disponible" y de materia sustraída a la disponibilidad de las partes (artículo 2969(NP6) del Código Civil). En la regulación del contrato encontramos una precisa delimitación de contenido o de materia; delimitación que, a nuestro parecer, vale también, más en general, como límite de la autonomía privada. En el artículo 1321 se señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes dirigido a constituir, regular, o extinguir entre ellas una relación jurídico-patrimonial. En el artículo 1173 el contrato es considerado fuente de obligación, y en el artículo 1174(NP7) se precisa que la prestación, que forma objeto de la obligación, debe ser susceptible de valoración económica.

La materia de la obligación, y, por lo tanto, del contrato del cual la obligación nace, es materia económica o patrimonial. En cambio, no son materia disponible, es decir, con tratable, los derechos de la personalidad, las relaciones familiares y en general los status, por que no tienen un objeto económico; y cuando nos encontramos frente a derechos, como el de autor o el del inventor, que presenta la concurrencia de un componente personal y uno patrimonial, tendremos que la negociabilidad o contratabilidad no podrá referirse sino al componente patrimonial, es decir, a los derechos de uso (artículo 2581

(NP8), mientras que el componente personal que da sustraído a la disponibilidad de las partes (artículo 2582, segun do párrafo(NP9".
Destacaremos, a propósito, que la disponibilidad está acompa ñada siempre de la prescriptilidad y la indisponibilidad de la imprescriptibilidad: el artículo 2934, segundo párrafo(NPlO), establece que no están sujetos a prescripción los derechos indisponibles.

También instituciones probatorias como la confesión y el jura mento tienen un campo limitado a la materia disponible, es decir, a
la materia negociable o con tratable. En el artículo 2731 (NPIl) se establece que la confesión es eficaz sólo si proviene de persona capaz de disponer del derecho al que se refieren los hechos confesados. En el artículo 2737(NPI2) se confirma tal principio para el juramento. Una aplicación de la inefica-cia de la confesión en materia no-disponible la tenemos en el artículo 235(NPI3), que se refiere al desconocimiento de la paternidad, en el cual se afirma explícitamente que la sola declaración (confesión) de la madre no excluye la paternidad.

El principio según el cual el contrato debe tener un contenido patrimonial, y la prestación debe ser económicamente esti-mable, vale para todos los contratos, incluso para aquellos que no están regulados en el libro IV del Código Civil. Vale, entonces, para la donación a través de la cual, como se señala en el artículo 769(NP14), el donante dispone en favor del donatario de un derecho propio, que debe, por lo tanto, ser disponible, o asume frente al donatario una obligación, cuyo carácter patrimonial ya conocemos. También la división de una comunidad es siempre un contrato que tiene un contenido

patrimonial (artículos 713(NPI5) y siguientes; artículo II II (NPI6".

11. El contenido del contrato

Cuando se habla de contrato en general, se hace referencia, normalmente, a la envoltura; así también lo hace la ley, que en esta sede brinda escasas indicaciones respecto del contenido del contrato, salvo el principio de la patrimonialidad del que venimos hablando.
La Constitución, al regular el procedimiento de formación de la ley, guarda silencio, igualmente, respecto del contenido de ésta.
Existen en la constitución material, además, directrices que va- .
len para el legislador ordinario, y que se refieren, precisamente, al
contenido de la ley, pero ellas son predominantemente de carácter
negativo, en tanto disponen que la ley no debe contradecir ciertos
principios.
También para el contrato el Código Civil, después de haber es
tablecido que aquél incide en relaciones de naturaleza patrimonial
(artículo 1321); que tiene fuerza de ley entre las partes (artículo 1372);
que es fuente de obligación (artículo 1173); afirma que el objeto
debe ser lícito y posible (artículos 1346(NP17) y 1418, segundo

párrafo(NPlB)); en otras palabras, impone un límite negativo, al ex
cluir un objeto ilícito o imposible.

Por consiguiente, no es del todo exacto afirmar la carencia, en la parte general del contrato, de normas referidas al contenido (47) .

Se debe indicar, más bien, que las limitaciones existentes tienen predominantemente carácter negativo. La peculiar regulación de los tipos contractuales, que se distinguen, precisamente, por su contenido, tampoco debe parecer en contraste con cuanto acabamos de observar, porque tales tipos o contratos típicos son puestos a disposición del particular para que éste se sirva de ellos, si así lo decide, pero no constituyen un límite al contenido del contrato; las partes pueden celebrar contratos que no pertenecen a los tipos legales (artículo 1322, segundo párrafo(NP19), y pueden, además, determinar libremente el contenido del contrato (incluso cuando se trate de un contrato típico) dentro de los límites impuestos por la ley (artículo 1322, primer párrafo(NP20) (48).

Así pues, y para concluir, la ley no sólo regula el contrato como hecho o como envoltura, sino que también establece límites a su contenido normativo; límites que se caracterizan por tener carácter negativo. Las normas contractuales no pueden ordenar comportamientos que son considerados ilícitos por normas superiores o legales. Dentro de tales límites, el contenido es dejado a la libre elección de las partes.

En cambio, afirmo que no constituye un límite a la libre elección del contenido del contrato la exigencia de que el objeto sea posible, es decir, de que la prestación sea posible (artículo 1346). Una norma que ordena un comportamiento que no puede ser realizado no es propiamente una norma; de ella, en efecto, no nace un deber, por no ser concebible un

deber en relación con un comportamiento que el hombre no puede realizar: ad impossibilia nemo tenetur.
Tampoco el requisito de la determinación (o determinabilidad) del objeto (artículo 1346) constituye límite al contenido. Un mandato que no especifica su objeto es algo incompleto, algo que no se realiza como un mandato.

12. Materia disponible y composición contractual de la litis

Materia disponible significa, por lo tanto, materia contratable o negociable. Es necesario agregar, ahora, que las litis que surgen en la interpretación Y aplicación de contratos también son negociables o contratables, es decir, son susceptibles de ser compuestas a través de un contrato que recibe el nombre de "transacción". Esta figura contractual cubre todo el ámbito de la materia disponible, pero justamente por ser un contrato, es decir, un negocio, no puede superarlo (artículo 1966(NP2l).
Con la transacción se previene o se pone fin a una litis, tal cual
ocurre con la sentencia; sólo que el resultado es alcanzado con un medio diverso. Con la sentencia, la litis es resuelta a través de la actividad jurisdiccional, es decir, a través del ejercicio del poder típicamente público y estatal de declarar y aplicar el derecho (comprendiendo en el concepto de derecho también el establecido por los privados con el contrato). Con la transacción, la litis es resuelta o prevenida a través del ejercicio del privado poder de disposición. Me parece que están en lo cierto aquellos autores que sostienen que con la transacción las partes no verifican, sino disponen (49). Las partes también hacen uso de este poder de disposición de la litis, y, por consiguiente, de la materia en torno de la cual versa la litis, cuando celebran un compromiso arbitral (artícu-

lo 806 del Código Procesal Civil), es decir, cuando deciden resolver mediante árbitros la litis surgida. El compromiso es un contrato, es decir, un acto de disposición, así como es un acto de disposición la cláusula árbitral (artículo 808 del Código Procesal Civil), impuesta en un contrato como previsión del surgimiento de una litis. También tiene naturaleza negocial (contractual), de acto de disposición de la litis, el requerimiento concorde [concorde richiesta] para que el juez decida la causa según equidad (artículo 114 del Código Procesal Civil); en este último caso es menester, ni más ni menos, que se trate de materia disponible (artículo citado).

Contrato y relación: los efectos del contrato

Que el contrato contenga o establezca un derecho objetivo no es algo muy común entre nosotros. Comúnmente, se afirma que el contrato es fuente de relaciones y no de preceptos, y se establece una antítesis entre relaciones y preceptos(50). Savigny veía la distinción entre negocio jurídico y ley en el hecho de que la leyes fuente de derecho objetivo, mientras que el negocio es fuente de derechos subjetivos y de obligaciones, es decir, de relaciones jurídicas(51).

Pero la relación jurídica presupone dos sujetos, uno obligado a cierto comportamiento (deber) y otro (en cuyo interés se prescribe el comportamiento), que tiene la pretensión de que el comportamiento sea realizado (derecho subjetivo); ahora bien ¿cómo puede existir un deber Uurídico) sin un correspondiente mandato? Bien observa Santi Romano que los negocios jurídicos, para alcanzar el fin de la constitución de relaciones, establecen normas y no pueden no establecerlas(52), y agrega que los negocios siempre son normativos o preceptivos, como se prefiera decirlO<53).

Por otra parte, la ley, fuente de derecho objetivo, no puede no'
ser, al mismo tiempo, fuente de relaciones jurídicas. Si ella ordena, si establece normas, no puede no ser fuente de deberes jurídicos y de las correspondientes pretensiones. Así, si Cayo causa a Ticio un daño injusto, estará obligado, por la ley (artículo 2043(l'\P22"), al resarcimiento, y Ticio tendrá, siempre sobre la base de la ley, derecho depretender tal resarcimiento. La relación nace de la ley, que es fuente; el acto ilícito constituye su condición (54).

En cambio, si Cayo está obligado a pagar a Ticio cierta renta mensual, sobre la base de un contrato de arrendamiento, la relación nace del contrato, que es la fuente.

Tendremos, en el primer caso, efectos o relaciones legales, cuya
regulación se buscará en la ley; en el segundo caso, efectos o relaciones contractuales, cuya regulación se buscará, ante todo, en el contrato.

De ello se deriva que derecho objetivo y derecho subjetivo no son dos fenómenos distintos, sino dos aspectos distintos de un mismo fenómeno. En el campo contractual se habla comúnmente de las relaciones como "efectos jurídicos del contrato". Esto es exacto sólo a condición de que se tenga presente que los efectos del contrato no son más que la proyección de su contenido normativo, es decir, no son más que el perfil del contrato como norma. Los efectos jurídicos
del contrato son por tanto, el contenido del contrato (55) .

Pero el contrato también funciona, las más de las veces, como mero hecho, es decir, como mera condición de efectos legales, que así definimos en tanto constituyen la proyección de normas legales.

También es común afirmar que los efectos legales son efectos

del contrato. Esta afirmación también puede ser admitida, siempre
que se tenga presente que lo son en sentido distinto de los efectos
contractuales propiamente dichos, que son aquellos que surgen in
mediatamente del contenido normativo del contrato. En el artículo 1374 se hace referencia, claramente, a los efectos contractuales en
sentido estricto o técnico, cuando se establece que el contrato obliga
a las partes en lo que se ha expresado en é~ en cambio, se hace referencia
a efectos que tienen su fuente, no en el contrato, sino en la ley, o en
los usos, cuando se agrega que el contrato obliga (a las partes) a todas las
consecuencias que derivan de él según la ley o los usos. Respecto de esta
segunda categoría de obligaciones o de efectos, el contrato no funciona como fuente normativa, sino como mero hecho.

14. Causa del contrato y contenido

También es común considerar que un límite fundamental res pecto del contenido del contrato deriva de la causa. El contrato debe tener una causa, en tanto ésta figura entre sus requisitos esenciales señalados en el artículo 1325 numeral 2(NP23) del Código Civil. Además, debe tener una causa lícita (artículo 1343(NP24), porque la ilicitud de la causa determina la nulidad del contrato. A algunos autores les parece, así mismo, en relación con la causa, que no puede bastar la no-ilicitud, la cual representa un límite negativo, sino que es necesario que

ella esté dotada de cualidades positivas, porque debe corresponder a intereses merecedor es de protección según el ordenamiento jurí:. dico (artículo 1322, segundo párrafo) (56).
Sobre el concepto de causa del contrato regresaremos más adelante. Por ahora, nos bastan las siguientes consideraciones. Causa es el fin o propósito que aparece como perseguido a través del contrato. Causa es el propósito del reglamento contractual; el fin económico-social que las partes se proponen alcanzar a través de las obligaciones asumidas. Por lo tanto, el contrato tiene con su causa una relación de medio a fin.

Hemos reconocido que el contrato tiene un contenido representado por normas o mandatos jurídicos; ahora bien, la causa, por no ser una norma, no forma parte del contenido del contrato. Una cosa es la norma, y otra, el propósito de la norma. Con el contrato las partes crean derecho para perseguir intereses sobre el plano económico y social, y, por lo tanto, estos intereses deben apreciarse fuera y más allá del contenido del contrato. La causa no pertenece al mundo abstracto del derecho, sino al mundo concreto o factual de las necesidades sociales.

Por lo tanto, a través de las normas sobre la causa no se limita propiamente el contenido del contrato; no se establece que las partes no puedan asumir ciertas obligaciones y no otras, sino las partes no pueden asumir obligaciones orientadas hacia un propósito ilícito. Con ello se explica por qué un mismo tipo de contrato puede tener o no una causa lícita. Un arrendamiento puede tener, y tendrá normalmente, una causa lícita; pero también podría, sin dejar de ser arrendamiento, y con los mismos tipos de obligaciones que son propios del arrendamiento, tener una causa ilícita, si del contrato resultara que

éste es utilizado como instrumento para propósitos ilícitos: por ejemplo, en el arrendamiento de un departamento con el fin de permitir al arrendatario la práctica del meretricio [Corte de Casación, sentencia n. 473, del 27 de febrero de 1950, en "Giurisprudenzaitaliana", 1950,1,1, col. 157].

La causa constituye más bien un límite de la autonomía privada, a la cual se prohíbe emplear el contrato (o, en general, el negocio) para propósitos ilícitos.

---

(34) L. FERRI, "Autonomia privata, libera iniziativa economica e programmazione", en "Archivio giuridico Filippo Serafint', 1968, p. 31. En sentido opuesto a la tesis que aquí se expone véase: G. B. FERRI, Causa e tiPo nella teoria del negozio giuridico, Milán, 1966, p. 194, quien afirma el carácter originario del ordenamiento de los particulares, que, según su parecer, "es demostrado por la constatación de cómo es que éste vive y opera independientemente del contacto con el ordenamiento estatal al cual, a menudo, contradice". Se podría aceptar la tesis de FERRI sólo si se identifica el ordenamiento de los particulares con alguna organización o asociación delictiva, que, ciertamente, no se dirige al Estado ni a sus órganos para obtener la determinación y ejecución de sus reglas, y opera, por lo tanto (al menos así lo esperamos todos), "independientemente del contacto con el ordenamiento estatal". Con todo, y aun así, la premisa de FERRI no sería aceptable, porque tales asociaciones no se pueden considerar privadas, al incluir en su estructura órganos típicamente públicos, como los tribunales que pronuncian condenas, incluso condenas capitales, y agentes dispuestos a dar ejecución a éstas.

[A. de los P.] No obstante esta concepción, años más tarde Giovanni Battista Ferri se vale de la teoría normativa del negocio jurídico para definir la naturaleza
jurídica del contrato: Giovanni Battista FERRI, Il negozio giuridico tra liberta e norma, 5i1. edición, Maggioli Editore, Rimini, 1995, p. 288. ID., El negocio juridico, traducción y notas de Leysser L. LEÓN, Ara Editores, Lima, 2002, p. 439: "La producción de dichos efectos legales deriva del hecho de que, en ciertas ocasiones, el contrato asume un doble valor para el sistema del ordenamiento jurídico: el valor de acto de autonomía privada y el valor de presupuesto para la realización de efectos previamente
establecidos en la norma; en otras palabras, el contrato asume una doble vestidura: de negocio jurídico y de acto en sentido estricto".
(35) P. BARCELLONA, Gli istitutijondamentali del diritto priva,to, Nápoles, 1971,p. 221.
(36) Ibid., p. 220. (37) Ibid., p. 219.
(38) Ibid., p. 223. También G. B. FERRI, op. cit., p. 5, habla de inserción de la "regla privada" en el "sistema de las normas".
(39) En contra: Santi ROMANO, op. cit., p. 24.
(40) No veo cómo se pueda afirmar que un ordenamiento privado sea, por definición, diferente de un ordenamiento público, y más aun, contrapuesto a éste, como afirma, en cambio, Santi ROMANO, op. cit., loco ult. cit.
(NP4) [N. de los P.] "Artículo 1374 del Código Civil italiano de 1942. Integración del contrato.- El contrato obliga a las partes no sólo a cuanto se ha expresado en él, sino también a todas las consecuencias que derivan de él según la ley o, en ausencia de ésta, según los usos y la equidad".
[A. de los P.] El Código Civil peruano no tiene una norma similar que regula la integración. Sólo se indica que la teoría

declaracionista es aplicable tanto para los negocios jurídicos en interpretación como para los contratos en las reglas generales:

"Artículo 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

"Primer párrafo del artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos".

Usaremos la expresión "negocio jurídico" en lugar de la denominación equivocada de "acto jurídico" a pesar que no existe una regulación propiamente negocial como el Código Civil alemán, el Código Civil holandés o el mismo Código Civil brasileño de 2003. El Libro n del Código Civil peruano se intitula "Acto Jurídico" pero lo único de "negocio jurídico" que contiene tal libro es la definición de Savigny plasmada en el articulo 140 y la regulación de algunos institutos negociales como la representación y la interpretación. En realidad las normas del Libro n están referidas mayormente a las normas generales de los contratos del Código Civil italiano de 1942.

Leysser L. LEÓN, "Nota preliminar' en Estudios sobre el contrato en general; ARA Editores E.l.R.L., Lima, 2003, p. 33: "Para decirlo sin ambages, la normativa sobre el contrato en general del Código Civil peruano vigente es, en buena medida, una transcripción de las normas correspondientes del Código Civil italiano de 1942. Con la sola excepción de las disposiciones que se consideraron ligadas a la teoría del negocio jurídico (representación, condición, plazo y modo, interpretación, etc., igualmente transcritas, pero agrupadas en otro lugar), el legislador peruano no ha hecho otra cosa que "importar" muchas de las normas italianas que regulan la materia contractual, sobre la base, no siempre fiel, como tengo escrito en otro lugar, de la traducción al castellano del

Código Civil italiano elaborada por Santiago Sentís Melendo".
Leysser L. LEÓN, "Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del Código Civif, en "Advocatus", Nueva Época, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, NQ 9, n, Lima, año 2003, p. 259: "El articulado del Código Civil peruano vigente es el producto de una denominación seudofrancesa, de una definición germana -pandectista, como he dicho-, y de buena parte de las normas del Código Civil italiano sobre el contrato en general".
(W5) [N. de los P.] "Artículo 1339 del Código Civil Ílaliano de 1942,- InserciÓn automática de cláusulas.- Las cláusulas, los precios de bienes o servicios, impuestos por la ley ("o por las normas corporativas") se insertan de pleno derecho en el
contrato, incluso en sustitución de las cláusulas diversas establecidas por las panes".
[A. de los P.] El Código Civil peruano regula la categoría de las "relaciones contractuales de hecho":
"Artículo 1396.- En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del
cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz".
(4I) En Contra: Santi RmIANo, op. cit., p, 16,
(42) Así R. SCOGNA.\IIGLIO, en su comentario bibliográfico a L. FERRI, L 'autonomia privata, en "Rivista di din'tto civill', 1961,1, p. 185, Es común la afirmación de que el contrato se ubica sobre el plano de la realidad social, antes que en el de la realidad

jurídica: véase, G. PANZA, en N. LIPARI, op. cit., p. 315. También G. B. FERRI, op. cit., p. 183, habla del negocio (y por consiguiente, del contrato) como acto de autonomía privada que "se realiza y estructura en la realidad prejurídica".

(43) F. MESSINEO, Il contratto in genere, t. 1, Milán, 1968, p. 84.

(44) Ibid., loc. cit.

(45) Sobre este punto, véase: L. FERRI, L 'autonomia privata, cit., p. 224. (46) L. FERRI, op. ult. cit., p. 222.

(NP6) [N. de los P.] "Artículo 2969 del Código Civil italiano de 1942. Declaración de oficio.- La caducidad no puede ser declarada de oficio por eljuez, salvo, que tratándose de materia sustraída a la disponibilidad de las partes, eljuez deba declarar las causas de la improponibilidad de la acción".

(NP7) [N. de los P.] "Artículo 1174 del Código Civil italiano de 1942. Carácter
patrimonial de la prestación.- La prestación que constituye objeto de la obligación
debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés,
aun cuando no sea patrimonial, del acreedor".

(NP8) [N. de los P.] "Artículo 2581 del Código Civil italiano de 1942. Transferencia de los derechos de uso.- Los derechos de uso son transferibles.
La trasferencia por acto entre vivos debe ser probada por escrito".

(NP9) [N. de los P.] "Artículo 2582 del Código Civil italiano de 1942. &tiro de la obra del comercio.- El autor, cuando concurran graves razones morales, tiene derecho a retirar la obra del comercio, salvo la obligación de indemnizar a aquellos que han

adquirido los derechos de reproducir, difundir, ejecutar, representar o poner en el comercio dicha obra.
Este derecho es personal e intransmisible".
(NPIO) [N. de los P.] "Artículo 2934 del Código Civil italiano de 1942. Extinción de los derechos.- Todo derecho se extingue por prescripción, cuando el titular no lo ejercita durante el tiempo determinado por la ley.
No están sujetos a la prescripción los derechos indisponibles Y los otros derechos indicados por la ley".
(iliPlI) [N. de los P.] "Artículo 2731 del Código Civil italiano de 1942. Capaci
dad exigida para la conjesión.- La confesión no es eficaz si no proviene de persona
capaz de disponer del derecho al que se refieren los hechos confesados. Cuando se
preste por un representante, es eficaz sólo si se hace dentro de los límites y en los
modos en que éstos vinculan al representante".
(~PI2) [N. de los P.] "Artículo 2737 del Código Civil italiano de 1942. Capaci
dad de las partes.- Para deferir o referir el juramento se exigen las condiciones indicadas por el artículo 2731 ".
(~PI3) [N. de los P.] "Artículo 235 del Código Civil italiano de 1942. Desconocimiento de paternidad.- La acción para el desconocimiento de la paternidad del hijo
concebido durante el matrimonio es consentida solamente en los siguientes casos:
1) si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre el día trescientos al día"ciento ochenta antes del nacimiento;
2) si durante el tiempo mencionado el marido se encontraba afectado de impotencia, aun cuando fuese solamente para engendrar;

3) si en dicho período la esposa ha cometido adulterio o ha ocultado al marido su embarazo y el nacimiento del hijo. En tales casos se admite al marido probar que el hijo presenta características genéticas o del grupo sanguíneo incompatible con aquél del presunto padre, o todo otro hecho que logre excluir la paternidad.

La sola declaración de la madre no excluye la paternidad.

La acción de desconocimiento puede ser ejercitada también por la madre o por el hijo que ha alcanzado la mayoría de edad en todos los casos en los cuales puede ser ejercitada por el padre".

[A. de los P.] La norma citada está conforme al artículo 93 de la Ley de reforma del derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151.

En su versión original: "Desconocimiento de la paternidad.- El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio solamente en los casos siguientes:

1) Si durante el tiempo transcurrido desde el día trescientos al día ciento ochenta antes del nacimiento él se encontraba en la imposibilidad física de cohabitar con la mujer por causa de ausencia o por otro hecho;

2) Si durante el tiempo indicado él se encontraba afectado de impotencia,
aun cuando ésta fuese solamente impotencia para engendrar;

3) Si durante dicho período él vivía legalmente separado de la mujer aun por efecto de providencia temporal del magistrado, salvo que haya habido entre los cónyuges reunión aun solamente temporal;

4) Si en el expresado período la mujer ha cometido adulterio y ha ocultado al marido el estado de embarazo y el nacimiento del hijo. En este caso el marido es admitido a probar cualquier otro hecho que logre excluir la paternidad.

La sola declaración de la madre no excluye la paternidad".

(~PI4) [N. de los P.] "Artículo 769 del Código Civil italiano de 1942. Definición.
- L~ donación es el contrato en el cual, por espíritu de liberalidad, una parte enriquece a la otra, disponiendo a favor de ésta de un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación".
[A. de los P.] El Código Civil peruano solamente se refiere a la obligación: "Artículo 1621.- Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien".
(~PI5) [N. de los P.] "Artículo 713. del Código Civil italiano de 1942. Facultad de pedir la división.- Los coherederos pueden siempre pedir la división.
Pero cuando todos los herederos instituidos o algunos de ellos son menores de edad, el testador puede disponer que la división no tenga lugar antes de que haya transcurrido un año desde la mayoría de edad del último nacido.
Puede disponer también que la división de la herencia o de algunos bienes de ella no tenga lugar antes de que haya transcurrido desde la muerte un plazo que no exceda de los cinco años.
Sin embargo, en ambos casos la autoridad judicial, cuando graves circunstancias lo exijan, puede, a instancia de uno o varios coherederos, autorizar que la división se efectúe sin demora o después de transcurrido un plazo menor del establecido por el testador".
[A. de los P.] El Código Civil peruano también lo prevé: "Artículo 850.- El juez puede ordenar, a petición de cualquiera de los herederos, la partición total o parcial de los bienes hereditarios antes del vencimientos del plazo de la indivisión, si sobrevienen circunstancias graves que la justifiquen".
(NPI6) [N. de los P.] "Artículo 1111 del Código Civil italiano de 1942. Disolución de la comunidad. - Cada uno de los

participantes puede pedir siempre la disolución de la comunidad; la autoridad judicial puede establecer una adecuada prórroga, no superior en cualquier caso a los cinco años, si la disolución inmediata puede perjudicar los intereses de los otros.
El pacto de permanecer en comunidad por un tiempo no mayor de diez años es válido,y tiene efecto también en cuanto a los causahabientes de los participantes. Si se ha estipulado por un plazo mayor, éste se reduce a diez años.
Si circunstancias graves lo exigen, la autoridad judicial puede ordenar la disolución de la comunidad antes del tiempo convenido".
[A. de los P.] El Código Civil peruano regula el pacto de indivisión: "Artículo 993.- Los copropietarios pueden celebrar pacto de indivisión por un plazo no mayor de cuatro años y renovado todas las veces que lo juzguen conveniente.
El pacto de indivisión que no consigne plazo se presume que es por cuatro años.
Para que produzca efecto contra terceros, el pacto de indivisión debe inscribirse en el registro correspondiente. Si median circunstancias graves el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo".
(~P17) [N. de los P.) "Artículo 1346 del Código Civil italiano de 1942. Requisitos.- El objeto del contrato debe ser posible, lícito Y determinado o determinable".
[A. de los P.) El Código Civil peruano también regula los requisitos del objeto del contrato en los numerales 2 del artículo 140 Y 3 del arúculo 219; Y en el primer párrafo del artículo 1403.
(~P18) [N. de los P.) "Artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942. Causas de la nulidad del contrato.- El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario.

Producen la nulidad del contrato, la falta de alguno de los requisitos indicados por el artículo 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el artículo 1345 Y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346.
El contrato también es nulo en los demás casos establecidos por la ley".
(47) Como hace G. DE NavA, Il tiPo contrattuale, Padua, 1974, p. 53.
(NPI9) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1322 del Código Civil italiano de 1942. Autonomía contractual.- Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenecen a los tipos que cuentan con una regulación particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de protección según el ordenamiento jurídico".
(:-IP20) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1322 del Código Civil italiano de 1942. Autonomía contractual.- Las partes pueden establecer libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley".
[A. de los P.] "Artículo 1354 del Código Civil peruano.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".
(48) Véase: G. B. FERRI, op. cit.
(NP2J) [N. de los P.] "Artículo 1966 del Código Civil italiano de 1942. Capaci
dad para transigir y disponibilidad de los derechos.- Para transigir, las partes deben tener
la capacidad de disponer los derechos que constituyen objeto de la litis.
La transacción es nula si tales derechos, por su naturaleza o por expresa disposición de ley, están sustraídos a la disponibilidad de las partes".

[A. de los P.] El Código Civil peruano regula dos hipótesis de hecho sobrematería disponible en el contrato de transacción:
"Artículo 1305.- Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción" .
"Artículo 1306.- Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito".
(49) LIEBMAN, "Risoluzione convenzionale del processo", en "Rivista di diritto processuale civile", 1932, p. 279 y ss.; F. SANTORo-P ASSAREW, " Negozio e giudizio", en "Ri-
vista
trimestrale di diritto e procedura civile", 1956, p. 1157 y ss.
(50) F. MESSII\'EO, Contratto in genere, tomo 1, p. 84. (51) L. FERRI, L 'autonomia privata, cit., p. 13.
(52) San ti ROMANO, Frammenti, cit., p. 9.
(53) [bid., loco ult. cit.
(NP22) [N. de los P.] "Artículo 2043 del Código Civil italiano de 1942. Resarcimiento por hecho ilícito.- Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño".
[A. de los P.] "Artículo 1969 del Código Civil peruano.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizado. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".
(54) [bid., p. 13.
(55) Para un diverso planteamiento, véase: A. CATAUDELLA, Sul contenuto del contratto, cit., p. 47 Y ss. Para una crítica a la contraposición contenido-efectos véase: G. B. FERRI, op. cit., p. 180.
(NP23) [N. de los P.] "Artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942. Indicación de los requisitos.- Los requisitos del contrato son:
2) La causa".

[A. de los P.] El numeral 3 del artículo 140 del Código civil peruano menciona al "fin" como elemento del negocio jurídico y a la licitud como su requisito.
(NP24) [N. de los P.] "Artículo 1343 del Código Civil italiano de 1942. Causa ilícita.- La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres".
[A. de los P.] El negocio jurídico es nulo si la causa es ilícita conforme a los numerales 3 del artículo 140 y 4 del artículo 219 del Código civil peruano.
(56) G. B. FERRI, op. cit., especialmente, p. 122.

CAPÍTULO 1

La formación del contrato

1. Premisa

De cuanto hemos señalado hasta este punto, resulta que el contrato puede ser apreciado con dos distintos perfiles, es decir, como hecho o como norma.
En cuanto declaración, el contrato es un hecho. Del contrato puede decirse que ha acaecido, o que se ha producido. Se trata de un comportamiento humano, es decir, de un acto y, finalmente, de una manifestación de voluntad, que es obra de dos o más partes (1). Pero el contrato, en lo referente a su contenido, es norma, es decir, prevé y describe de forma

abstracta los comportamientos que deben realizarse, y que, de no ser cumplidos, hacen que se deriven sanciones jurídicas. De la norma nacen los deberes y los correspondientes de. rechos subjetivos; nace, en otras palabras, la relación jurídica, que la misma norma conforma y prefigura.

Como hecho, el contrato es realidad física: conjunto de sonidos, de voces, de estrechamiento de manos, de señales de asentimiento, de muy diversos gestos, de escrituras y suscripciones. Como norma, es una realidad o entidad ideal, es decir, la significación jurídica de dichas voces, de tales gestos, de dichas escrituras (2) . Como hecho, pertenece al pasado, a la historia, y no puede ser eliminado: quod factum infectum fieri nequit. Como norma, entra en vigor y permanece, pero puede ser abrogado, es decir, eliminado o cancelado: el contrato puede ser disuelto por mutuo consentimiento (artículo 1372), por iniciativa unilateral, por medio de una sentencia o extrajudicialmente (resolución por incumplimiento: artículos 1453, 1454, 1456, 1537, 1660, etc.). La extinción, o la resolución del contrato, en general, no es eliminación del hecho, sino de la norma, es decir del vínculo, que ha durado.

2. El acuerdo de las partes

La regulación de la formación del contrato se refiere al contrato como hecho. Por lo tanto, es un problema de hecho establecer si el contrato se ha formado, si ha sido celebrado. La decisión del juez inferior sobre este punto no es, por consiguiente, revisable por la Casación, que es juez del derecho. En general, se puede señalar que el contrato se celebra cuando existe el acuerdo. Vemos, en efecto, que el Código Civil trata esta cuestión en la sección 1, titulada, precisamente "Del acuerdo de las partes".

La palabra "acuerdo" tiene un significado común, inmediatamente intuible, que mal se presta para un análisis. Para explicar su sentido se recurre, comúnmente, a los sinónimos, como "consentimiento", "convención". Los juristas se preguntan si por "acuerdo" deba entenderse una unión, una coincidencia de las voluntades internas o reales (de los contratantes) o una unión, una combinación de las manifestaciones o declaraciones de voluntad.

Así planteado el problema, no puede haber más que una solución: el acuerdo involucra las manifestaciones o declaraciones, o en general los comportamientos exteriores de los contratantes (3) . Para tener un acuerdo es necesario que la voluntad se haya externalizado de algún modo. Quien guarda para sí, en su interior, su voluntad, su intención, no podrá jamás afirmar que ha llegado a un acuerdo con otro. Si dos individuos quieren la misma cosa, sin haber manifestado recíprocamente esta voluntad, tendremos una coincidencia de deseos internos, pero no un acuerdo, que sólo es concebible en el plano externo, como relación social(4).

Osti critica semejante conclusión, y afirma que ella correspon dería a una "excesiva desvaloración de la voluntad de las partes como elemento constitutivo del acuerdo contractual"(5); por otro lado, reconoce que "puede ser suficiente la unión de manifestaciones de voluntad concordantes como tales, sin perjuicio de la reacción que, en torno de la existencia misma del contrato, puede ejercer... la anormal formación o declaración de la voluntad" (6). Pero ello es, precisamente, lo que aquí se sostiene.

Es verdad que, normalmente, la manifestación de la voluntad se corresponderá con una voluntad interna, pero una no-correspondencia eventual y anormal no impide la formación del acuerdo y del contrato.

La voluntad interna en la formación del contrato

En el significado común, "manifestación de voluntad" es exte riorización de algo interno, psicológico. Por lo tantO, parece adquirir valor preeminente dicha voluntad interna, de la cual la manifestación es, por decido así, el índice revelador.
También el jurista emplea bastante a menudo la expresión "manifestación" o "declaración" de voluntad; pero para el jurista la manifestación o declaración viene en primer plano, mientras que la vo
luntad interna queda como presupuesto normal, pero no esencial,. de la declaración (7). En el contrato, como se ha dicho, tenemos la unión, la coincidencia de dos manifestacio-nes de voluntad que se fundan en una única manifestación: el in idem placitum consensus(8).
Si yo declaro "vender" no puedo después invalidar la declara-ción sosteniendo que en realidad no quería vender. Se ha observado que el disenso, entendido como discordancia o no-coincidencia de los deseos internos, no descarta el acuer-do(9).

4. Error obstativo y acuerdo

Lo anterior no significa que es siempre irrelevante la ausencia de una voluntad interna. La divergencia entre lo internamente querido y lo declarado puede devenir relevante si es fruto de.
error, es decir, si ella es, a su vez, involuntaria. En tal caso, tene
mos un error en la declaración u error obstativo, que no vale, por
otro lado, para descartar el acuerdo y, por consiguiente, la misma formación Y existencia del contrato, pero hace que éste sea anula
ble, es decir, hace posible aquella reacción de la cual habla Osti;

ello procede, además, sólo cuando dicho error sea esencial y reconocible por la contraparte (artículo 1433(NPl), donde se citan los artículos precedentes, y, por consiguiente, el artículo 1429(NP2)
sobre la esencialidad del error, y el artículo 1431 (NP3) sobre su
reconocibilidad) (10).
Dado que la voluntad interna o psicológica, aún no siendo el soporte o el centro del contrato, puede tener relevancia como presupuesto de validez del mismo, sucederá, a veces, que el juez deberá realizar indagaciones sobre ésta. La búsqueda de tal voluntad interna pertenece al negocio, es decir, al contrato, como hecho, y por lo tanto, es cuestión de hecho, en cuanto tal, no revisable en Casación.
Se trata de un hecho psicológico, pero siempre de un hecho, es de
cir, de un acaecimiento.
Lajurisprudencia ha repetido muchas veces, justamente, que la
búsqueda de la voluntad interna de los Contratantes constituye una quaestio facti [véase, por todos, Corte de Casación, sentencia n. 1341, delll de mayo de 1971, en "Giurisprudenza italiana", 1973,1, 1, col.691]. Sin embargo, se debe agregar que la misma Casación termina, a menudo, por identificar esta búsqueda de la voluntad interna con la interpretación del contrato, con lo cual incurre, a mi parecer, en un error fundamental [véase, por todos, Corte de Casación, sentencia n. 2104, del 6 de julio de 1971, en "Giurisprudenza italiana", 1973, 1, 1, col. 282].
La interpretación, tal cual hemos destacado, no se refiere al contrato como hecho o acaecimiento, sino al contrato como norma, es decir, como contenido. Interpretar es descubrir el

significado de la declaración contractual, el pensamiento oculto en ésta, esto es, el. mandato jurídico(ll).

También se puede admitir que la interpretación es actividad dirigida a la búsqueda de una voluntad, siempre que se tenga el cuidado de aclarar que se trata, no de una búsqueda de una voluntad de hecho o voluntad psicológica, sino de una búsqueda de una voluntad normativa, es decir, de los mandatos jurídicos contenidos en el contrato. También la norma es voluntad, pero no voluntad subjetiva o real, sino voluntad objetiva, imperativo jurídico. Ahora bien, el problema de la interpretación, incluso la del contrato, se plantea como un problema de búsqueda del significado jurídico, es decir, normativo, de un hecho; y es, por lo tanto, típicamente, quaestio iuris [sobre ello véase, lo que señalaremos más adelante].

Volviendo, luego de esta última digresión, al error obstativo, se observa que la regulación adoptada en el nuevo Código Civil sobre esta materia se halla en pleno contraste, justamente, con la tesis que hace de la voluntad subjetiva o real un elemento esencial del contrato o uno de los requisitos de éste. No sólo en la mayor parte de los casos la ausencia de la voluntad interna no tendrá ninguna relevancia (es decir, no la tendrá en todas las hipótesis en la cual dicha ausencia no sea fruto de error ni cuando, aun siendo fruto de error, éste no sea esencial o reconocible por el otro contratante), sino que incluso cuando sí es relevante para el ordenamiento, ella no produce nulidad del contrato -como debería suceder si se tratara de ausencia de requisito esencial-, sino, simplemente, anulabilidad.

Se ha observado exactamente, por lo tanto, que el error obstativo ya no es idóneo para impedir la formación del acuerdo y del contrato(12), como haría entender el adjetivo "obstativo"; por ello, quizás sea oportuno abandonar la vieja fórmula y

hablar, como 5. El denominado "disenso oculto" y su relevancia

Puesto que la discordancia entre lo querido y lo declarado no impide la formación del consentimiento y del contrato, a jortiori, no la impedirá una divergencia entre la voluntad interna de un contratante y la voluntad, también interna, del otro, es decir, el denominado "disenso oculto".

Para poder afirmar la existencia de tal disenso es necesario suponer que, por lo menos, la voluntad de uno de los contratantes no coincida con la declaración; o bien que ninguna de las voluntades de los dos contratantes coincida con el significado de las declaraciones respectivas; dado que si las voluntades internas de los dos contratantes concordasen con las respectivas declaraciones, luego fundidas en el acuerdo, también deberían concordar, necesariamente, entre sí: si A y B son iguales a C, A también será igual a B. Ahora bien, ello significa, a mi parecer, que el disenso se traduce siempre en error en la declaración o error obstativo.

Messineo polemiza vivazmente con quien sostiene que el disenso se identifica con el error obstativo. Él observa que en el disenso no tenemos una errada declaración o transmisión de la voluntad, sino un error en la interpretación de la declaración ~ena(l3).

Observo, en primer lugar, que si el disenso oculto radica en la divergencia de las voluntades internas de los dos contratantes, el fenómeno no se verificará sólo cuando un contratante reciba la declaración del otro, entendiendo al revés o desnaturalizando su verdadero significado, sino también cuando él la interprete por lo que objetivamente significa, pero éste signi-

ficado objetivo no coincide con la voluntad interna del declarante. Es éste un ejemplo indiscutible de error obstativo o de error en la declaración, que implica disenso, porque un contratante considera correctamente la declaración del otro, el cual, en cambio, ha emitido una declaración que no corresponde a su voluntad interna.

Por consiguiente, el error obstativo no excluye del todo el disenso, sino que, normalmente, lo implica.

Añadiré que también en la hipótesis de mal entendimiento de declaración ajena tenemos error obstativo. Basta reflexionar un momento sobre lo que sucede cuando se realiza el acuerdo, es decir, la unión de las dos manifestaciones de voluntad. Desde dicho instante ya no tenemos dos distintas declaraciones, sino una única declaración, que resulta de la fusión de aquellas dos (declaraciones). Aunque exista una oferta que parte de un contratante y, sucesivamente, la aceptación del otro, las dos declaraciones forman ahora una única declaración cuya paternidad corresponderá a ambos contratantes. En otras palabras, el contratante que acepta hace propia la declaración del oferente, es decir, la oferta, que se convierte también en su declaración, y si ésta no corresponde a su voluntad interna, tendremos un error obstativo del aceptante. Cuando el contrato se ha celebrado, el mal entendimiento de la declaración ajena se identifica con el error en la propia declaración.

En conclusión, o el disenso es evidente, y entonces no tendremos acuerdo, sino una frustrada celebración del contrato y por lo tanto, su inexistencia, o el disenso está oculto, y entonces tendremos, no obstante la celebración del contrato, sin perjuicio de la eventual relevancia del disenso cuando redunda en error en la declaración, que sea esencial y reconocible(14).

6. Simulación y acuerdo

Por lo general, la doctrina junta el error en la declaración, o error obstativo, con la simulación, al observar que en ambas situacioen sus elementos constitutivos esenciales. Existe la declaración o manifestación de voluntad (es decir, existe el hecho); y existe el significado o contenido de la declaración, representado por los mandatos jurídicos, por las obligaciones asumidas (es decir, existe el derecho).
La dificultad de afianzar la esencia del fenómeno reside, a mi parecer, en el hecho que, comúnmente, no se distingue entre ausencia de una voluntad interna, conforme con la declaración, y voluntad contraria al contenido de la declaración, es decir, voluntad excluyente de los efectos de la declaración. Una cosa es no querer, en el sentido de no tener internamente voluntad alguna respecto de un determinado objeto, otra cosa es querer que algo no sea. La voluntad negativa o impeditiva es, de todos modos, una voluntad, y no una ausencia de voluntad. Ahora bien, en la simulación, y, en particular, en la simulación absoluta, tenemos, junto a la declaración querida, en cuanto tal, una voluntad negativa o impeditiva. Ello demuestra que el contrato simulado es ineficaz (entre las partes) no porque falte la voluntad interna o psicológica de los contratantes, sino porque está presente, y es simultánea, como fuerza que impide, una voluntad negativa, la cual encuentra su manifestación en el acuerdo o en el pacto de simular. No es una simple voluntad interna, sino una manifestación de voluntad.
El acuerdo simulatorio, que es considerado, precisamente, un elemento esencial de la simulación, no es otra cosa que un contrato, es decir, una unión, ya no de voluntades internas, sino de declaraciones.

Por consiguiente, en la simulación tenemos una combinación, una vinculación de dos contratos distintos que deben ser simultáneos; en caso contrario, uno tendría naturaleza de contrato que disuelve el otro ya concluido, y elimina sus efectos. El acuerdo simulatorio, impeditivo de los efectos, debe ser con textual y simultáneo al contrato simulado(IS).

Los efectos (entre las partes) están ausentes, no por carecer .de
sostén en una correspondiente voluntad interna, sino porque se ha declarado, aunque de manera oculta, la voluntad de que tales efectos no se realicen. No hay ausencia de voluntad, sino presencia de una voluntad contraria, y no simplemente interna, sino declarada.

No se debe confundir el carácter oculto del acuerdo simulato-rio
con la voluntad real o interna de los contratantes. Un acuerdo, incluso cuando queda oculto, postula siempre una declaración o declaraciones.

Para concluir este discurso indicamos que no es posible apoyar
se en la institución de la simulación para sostener que las voluntades internas son esenciales para el perfeccionamiento del contrato. Una deducción semejante sería errónea, en dos aspectos: primero, por que el negocio simulado no produce efectos (entre las partes), no por la ausencia de un querer interno conforme, sino por la presencia de una voluntad contraria; segundo, porque esta voluntad contraria tampoco es una voluntad interna, sino una voluntad declarada, que es relevante únicamente en cuanto tal (19).

7. Simulación relativa y acuerdo

Todo lo sostenido tiene confirmación en la regulación legisla-
ti
va. Dado que la ley no habla de "nulidad del contrato simula-do", sino de "eficacia de éste entre las partes" (artículo 1414, primer
párrafo (NP4)) , y además, que la simulación es tratada en el capítulo X, que precede el capítulo XI donde se trata de la nulidad del contrato, excluyéndose de las diversas hipótesis de la simulación (lo cual de muestra que el legislador ha tenido pleno conocimiento de la falta de coincidencia entre las dos figuras), me parece de gran interés llamar la atención sobre el segundo párrafo del citado artículo. Esta norma dice que "Si las partes han querido celebrar un contrato diferente del aparente, tiene efecto entre ellas el contrato disimulado, siempre que subsistan sus requisitos de sustancia y de forma" (NP5) .
En la simulación relativa, que es la aquí contemplada, las partes
llevan a cabo, juntamente y en concordancia con el negocio simulado, un pacto o acuerdo simulatorio que no se extiende sólo a la supresión de los efectos del negocio simulado, sino también a su sustitución con efectos diversos. En el acuerdo simulatorio no está manifestada solamente una voluntad negativa o impeditiva, sino también una voluntad positiva; existe un acuerdo sobre efectos que se declara querer, pero ocultamente. Ahora bien, los efectos (que las partes, oculta-mente, declaran querer) se realizarán sólo si este contrato oculto (que la ley define, precisamente, como contrato dife-rente del aparente y contrato
disimulado) tiene los requisitos de sustancia y de forma que la ley prescribe para dicho tipo de contrato. El legislador deja entender con claridad, por lo tanto, que los efectos se reali-zan, no simplemente porque son internamente queridos, sino

porque surgen de un verdadero contrato, el cual es idóneo, incluso formalmente, para producirlos.

Por consiguiente, es erróneo considerar que en la simulación relativa valga como voluntad negocial, entre las partes, la voluntad subjetiva o interna de éstas; lo que vale, más bien, es la voluntad objetivada en el acuerdo(2O).

Hoy, entonces, los defensores del dogma de la voluntad no encuentran ningún pretexto textual ni siquiera en la regulación de la simulación relativa. A la afirmación de que el contrato simulado no vale porque no le corresponde una voluntad interna, dicha doctrina añadía que valen, en cambio, los efectos queridos y no declarados porque la voluntad interna es esencial, y suficiente, inclusive, para producirlos.
Nada de lo último es sostenible actualmente: no basta la voluntad, es necesario el contrato, aun cuando esté oculto, y los efectos reposan en el contrato y no en la voluntad interna: tanto es así, que si el contrato oculto es formal debe poseer también la forma requerida. Por otro lado, se considera que la forma ad substantiam, necesaria para el contrato disimulado, puede ser prestada por el contrato simulado (21) .

8. Prueba de la simulación como prueba (de la celebración) del acuerdo simulatorio

Lo que se ha demostrado hasta este punto no puede dejar de influir en la prueba de la simulación. El artículo 1417(NP6) enuncia el principio de que la simulación puede ser probada por testigos sin ningún límite, siempre que sean los terceros quienes demanden tal prueba; de ello se deduce, a contrariis, que, si son las partes quienes hacen valer la simulación, la prueba por testigos no es admitida, a menos que ésta se oriente a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado. Ello significa que las partes, para asegurarse la posibilidad de interpo-

ner victoriosamente la acción de simulación, deberán proveerse de contradeclaraciones escritas. La exigencia de la forma enunciada en el artículo 1414, segundo párrafo, como forma ad substantiam, cuando el contrato disimulado es tal que la requiere, es implícitamente repropuesta, aquí, para la forma ad probationem, requerida para efectos de prueba, en sustitución de la prueba por testigos negada a las partes.

Así, la exclusión de la prueba por testigos no afecta la admisibilidad de otros tipos de prueba, como la confesión y el juramento.
Aclarado ello, es necesario indicar, rápidamente, que el artícu lo examinado nada dice respecto del objeto de la prueba ¿qué cosa debe probar el actor que demanda la simulación?
Según los defensores del dogma de la voluntad, el objeto de la
prueba estaría representado por una divergencia psicológica, y, por consiguiente, se trataría de la prueba de un estado interno, en cuanto tal, y necesariamente, una prueba indirecta, conjetural e
indiciaria (22) .

Para mí, la prueba de la simulación es esencialmente la prueba
del acuerdo simulatorio, es decir del contrato oculto obstativo o impeditivo de los efectos del contrato simulado o aparente. Por consiguiente, el modo clásico de probar la simulación es el que se realiza produciendo las llamadas "contradeclaraciones por documento privado", en las cuales el acuerdo simulatorio ha cobrado cuerpo. A ellas se hacía referencia en el artículo 1319 del Código Civil de 1865, sólo para afirmar que no podían tener efecto sino entre las partes contratantes y sus herederos.

Si dicho documento privado no existe, las partes, como se ha dicho, podrán probar la simulación con el medio de la confe- sión o
del juramento. Se debe tener presente que el acuerdo, el pacto de
simular, para producir sus efectos, no debe revestir necesa- riamente la forma escrita(23). Sólo cuando tal acuerdo inclu- ye también un contrato disimulado, deberá poseer los requisi- tos de sustancia (legitimaciónde las partes, etc.) y de forma que la ley dispone para aquel contrato, a menos que se consi- dere utilizable, para este fin, la forma del contrato simulado.
Cuando son los terceros quienes deben hacer valer la simula ción, o los acreedores del simulado en;:yenante (artículo 1415, segun do párrafo(NP7), 1416, segundo párrafo(NP8", no podrán valerse, normalmente, de las contradeclaraciones por documento privado -que incluso de existir, quedarán custodiadas por las partes-, sino que deberán recurrir a la prueba indiciaria o conjetural. Su objeto siempre será, no la voluntad interna, sino el acuerdo o el pacto entre los simulan- tes.

9. Celebración del contrato e incapacidad natural

La incapacidad legal de obrar es situación jurídica del sujeto; por ello, establecer si un sujeto es legalmente capaz es cues- tión de derecho y, para ser precisos, de interpretación de la ley, en la cual se encuentra regulada la capacidad de obrar; en cambio, la incapacidad natural es situación de hecho y, para ser precisos, condición psíquica del sujeto, transitoria o no, que le quita o que disminuye su facultad de entender o de querer (artículo 428(NP9".
La incapacidad legal, incluso la debida a interdicción judicial por enfermedad mental, en cuanto situación jurídica, preci-

samente, puede no corresponderse con una incapacidad de entender y de querer al momento en el cual se ha celebrado el contrato; en síntesis, el legalmente incapaz puede ser capaz de hecho, y sin embargo, ello no tiene relevancia. El acto llevado a cabo por el incapaz legal siempre es anulable, incluso si es realizado en un momento de lucidez. Por tal razón se habla de "eficacia continuada y ope legis de la inca-pa
cidad legal", en el sentido que quien demanda la anulabilidad no tiene la carga de probar la incapacidad o inmadurez en concreto o de hecho del legalmente incapaz(24).
En cambio, la incapacidad natural, entendida como situación o condición psíquica del agente, debe establecerse caso por caso, mediante una búsqueda que sea válida para reconstruir el estado mental del sujeto, sobre la base de su comportamiento exterior. Desde el exterior se verifica el interior, porque es el estado interno, ni más ni menos, lo que aquí es relevante (25) .
Cuando existe incapacidad natural no existe una voluntad interna consciente y conocedora; por ello se ha dicho que falta la voluntad(26).
La incapacidad natural se refiere, por lo tanto, al contrato como acto o hecho, y va a incidir en la fase formativa de la voluntad o en la fase deliberativa. Es por ello, precisamente, que la ley hace referencia al momento en el cual el acto es realizado (artículos 428, primer párrafo, y 775(NPlO)).
Quizás la fórmula legislativa de la incapacidad natural, defi-nida
como "incapacidad de entender o de querer", no sea del todo apro
piada, en cuanto considera separadamente las dos facultades, y considera suficiente, para efectos de la configuración de la incapacidad natural, la ausencia de una y de otra.

Para comenzar, se puede observar que si el acto ha sido realiza
do, la voluntad no estará ausente, en la mayoría de los casos. El demente no está privado de voluntad ni está abúlico; a menudo existe en la demencia, por el contrario, una exaltación de la voluntad. Lo que falta al demente, y al esquizofrénico, en particular, es la coordinación entre la voluntad y el discernimiento. El demente quiere, pero quiere sin estar consciente. En la demencia, por lo tanto, la incapacidad natural resultará, antes que de una ausencia de la facultad de entender o de la facultad de querer, de una ausencia de coordinación entre las dos facultades. La incoherencia y la imprevisibilidad son aspectos típicos de las acciones del demente. No se deben excluir los casos de inconsciencia y ausencia de voluntad temporales, como la hipótesis de los contratos celebrados por quien se encuentre
bajo estado de hipnosis o embriaguez, o los casos de grave disminución de tales facultades(27). Tratándose de situaciones transitorias, deberán descartarse la interdicción o la inhabilitación.

De la regulación de la incapacidad natural también se deduce
que la ausencia de una voluntad interna, entendida como voluntad
conocedora, no se considera como ausencia de un requisito o de un elemento esencial del contrato. De hecho, la incapacidad natural no se sanciona con la nulidad del contrato, ni siquiera dentro de los límites en los cuales aquélla es relevante, sino con la simple anulabilidad (artículos 428, segundo párrafo, y 1425, segundo párrafo(NPll)). Por lo tanto, hoy nadie podrá sostener que la incapacidad natural es obstáculo a la celebración del contrato.

No obstante la particular naturaleza del contrato, que resulta de la unión de las manifestaciones de voluntad de dos (o más)

partes, hay que tener presente que, para efectos de establecer si existe incapacidad natural, dichas manifestaciones deben ser consideradas de manera autónoma. Puesto que estarán siempre en juego la capacidad o la incapacidad natural de este o de aquel contratante, es la manifestación de voluntad de este o de aquel contratante lo que es necesario tener en consideración. No existe una incapacidad natural deducible del contrato en su unidad y objetividad.

Por tanto, cuando se trate de un contrato celebrado entre ausentes, el momento al cual hay que referirse para determinar la incapacidad natural no será aquel en el cual el contrato se ha celebrado, sino aquel en el cual ha sido emitida la declaración del contratante respecto del cual se plantea el problema(28). La incapacidad natural es un hecho interno o psicológico que debe localizarse en un determinado momento. Una incapacidad natural que sobrevenga después de la emisión de la declaración, pero antes de la celebración del contrato, no tiene ninguna relevancia jurídica. Ello es diferente de cuanto se ha establecido para la incapacidad legal, la cual quita eficacia a la oferta y a la aceptación, cuando se verifique después la emisión de la declaración, pero antes de la celebración del contrato (en virtud del artículo 1330(NP12"). De esta última norma, así como del artículo 1329, segundo párrafo(NP13), parece tenerse que deducir, además, que la capacidad legal de obrar (al igual que la natural) tampoco sana l.a
manifestación de voluntad, si sobreviene a su emisión antes de la celebración del contrato(29). Tiene sentido hablar de "incapacidad sobrevenida" (respecto a la emisión de la manifestación) que quita
(o no quita, en el caso de oferta firme o de oferta de un empresario)

eficacia a la oferta, sólo si se considera que la capacidad legal debe estar presente cuando se emite la declaración, además de perdurar hasta la celebración del contrato (en la hipótesis de oferta ordinaria proveniente de un no-empresario).

En cambio, no me parece exacto afirmar que, como regla, la capacidad legal debe estar presente en dos momentos: el de la emisión de la oferta y el de la celebración del contrato, como sostiene Mirabelli(3O). Se requiere la permanencia o la presencia continuada de la capacidad legal desde el momento de la emisión de la oferta hasta el momento de la celebración del contrato. Si la oferta caduca (pierde eficacia) por efecto de la sobrevenida incapacidad legal, no se ve cómo es que puede renacer por efecto de la sobrevenida capacidad legal: es necesario, para ello, una nueva oferta.

Señalamos, además, otra particularidad. Si la oferta o la acep tación son emitidas por persona legal o naturalmente incapaz, el contrato se celebrará de todas maneras, no obstante tal incapaci
dad; será, simplemente, un contrato anulable. En cambio, si la inca
pacidad legal surge después de la emisión de la oferta o de la aceptación, pero antes de la celebración del contrato, se interrumpe el iter formativo del contrato, el cual, por consiguiente, debe considerarse no-celebrado, y, por lo tanto, nulo o directamente inexistente. De hecho, la incapacidad (legal) sobrevenida quita eficacia a la oferta ya la aceptación, lo que significa que el contrato no se celebra.

Es necesario considerar, entonces, que el legislador trata distintamente la incapacidad legal, atendiendo a si está ya presente al momento de la emisión de la oferta o de la aceptación, o a si es sobrevenida, e incide en la fase de la formación del contrato. En el segundo caso, es decir, en el caso de incapacidad sobrevenida, no hay una simple anulabilidad del

contrato celebrado, sino un obstáculo a su celebración. Los efectos de la incapacidad sobrevenida son los mismos de la muerte del oferente o del aceptante antes de la celebración del contrato.

De todo lo señalado se deriva que si se trata de una oferta hecha por un empresario, o de una oferta firme, la incapacidad (legal) sobrevenida no quita eficacia a tales actos, como expresamente se señala en los artículos 1329(NP14) y 1330, Y el contrato, por consiguien te, podrá celebrarse de todas maneras. ¿Será impugnable, entonces, por incapacidad legal? o ¿deberá descartarse toda eficacia, en ambas hipótesis, a la incapacidad sobrevenida? No parece posible dudar de la exactitud de la segunda solución.

---

(1) N. IRTI, La ripetizione del negozio giuridico, Milán, 1970, p. 20, observa, justamente, que la declaración es un hecho de orden físico, y que tiene carácter histórico.

(2) N. IRTI, op. cit., p. 13, anota que la declaración o la forma (que él parece identificar) son representativas de un significado, y que comunican algo a otros.

(3) P. VITUCCI, 1 profili dAta conclusione del contratto, Milán, 1968, p. 253, identifica la ausencia de consentimiento en el hecho de que las partes hayan adherido a dos textos "no concordantes entre sí, porque no son reducibles a una objetiva unidad de significado", y no "divergentes únicamente desde el punto de vista de las
representaciones subjetivas".

(4) L. FERRI, L'autonomia privata, cit., p. 138.

(5) G. OSTI, voz "Contratto, en NovissimoDigesto italiano, p. 501, nota (2).

(6) G. OSTI, op. cit., p. 502.

(7) F. MESSINEO, Il contratto in genere, t. 1, cit., p. 373, niega que la voluntad sea un "presupuesto" del contrato, y afirma, en cambio, que es un elemento constitutivo del mismo. Hay que entendemos sobre el significado atribuido a la palabra "voluntad". Ésta es elemento constitutivo, y lo que es más, es el contenido mismo del contrato, si se la entiende como voluntad normativa, imperativo jurídico. En oposición, si se la entiende en sentido subjetivo o psicológico de voluntad interna al sujeto, entonces es mero presupuesto, no necesario, sino normal, del contrato.
(8) F. MESSINEO, op. ult. cit., p. 370, escribe que es incorrecto hablar sólo de manifestación o de declaración; existe también la voluntad manifestada o declarada. Ello es exacto, pero no implica que la voluntad declarada deba corresponder a la voluntad interna o subjetiva. El significado de la manifestación puede ser diverso de la intención o querer interno del sujeto que la ha realizado. El encuentro de dos manifestaciones o declaraciones de voluntad no implica, necesariamente, coincidencia de deseos internos. P. VlTUCCI, op. cit., p. 252, escribe, justamente, que la conformidad que el legislador exige es entre oferta y aceptación "interpretadas en su tenor objetivo".
(9) G. MlRABEW, Dei contratti in generale, en Commentario del codice civile, Turín, 1958, p. 422, afirma que sólo en el disenso evidente hay ausencia de acuerdo. En contra, véase: F. MEsslNEO, op. cit., t. n, p. 212. P. VITUCCI, op. ciL, p. 50 Y ss. parece orientado, en cambio, y como se ha señalado, en el sentido por nosotros aquí defendido.
(1<Pl) [N. de los P.] "Artículo 1433 del Código Civil italiano de 1942. Error en la declaración o en la transmisión de la misma.- Las disposiciones de los artículos prece
dentes también se aplican en el caso en que el error re cae sobre la declaración, o

cuando la declaración hubiese sido transmitida de manera inexacta, por parte de la
persona u entidad que tenía el encargo de hacerlo".
[A. de los P.] "Artículo 208 del Código Civil peruano.- Las disposiciones de
los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en
que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal
de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como el caso en que la
declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien e s tuvi e re encargado de hacerlo".
(1<P2) [N. de los P.] "Artículo 1429 del Código Civil italiano de 1942. Erroresencial.- El error es esencial:
1) Cuando recae sobre la naturaleza u objeto del contrato.
2) Cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación, o bien sobre una cualidad del mismo, que según la apreciación general y en relación con las circunstancias debe considerarse determinante del consentimiento.
3) Cuando recae sobre la identidad o sobre las cualidades de la persona del otro contratante, siempre que la identidad o las cualidades hayan sido determinantes del consentimiento.
4) Cuando, tratándose de error de derecho, ha sido la única razón o la razón principal del contrato".
[A. de los P.] "Artículo 202 del Código Civil peruano.- El error es esencial:
1) Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.

2) Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.
3) Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto".
(NP3) [N. de los P.] "Artículo 1431 del Código Civil italiano de 1942. Error reconocible.- El error se considera reconocible cuando, a juzgar del contenido, las circunstancias del contrato, o de las cualidades de los contratantes, una persona de diligencia normal hubiese podido advertido".
[A. de los P.] "Artículo 203 del Código Civil peruano.- El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertido".
(10) G. MIRABELLI, op. cit., loco cit.; P. VITUCCI, op. cit., p. 251.
(11) N. IRTI, La ripetizione del negozio giuridico, cit., p. 10, escribe que el significado de la declaración es "el elemento inmaterial que la forma conserva en sí y descubre al intérprete".
(12) F. MESSINEO, op. cit., tomo 11, p. 339; P. VITUCCI, op. cit., p. 244.
(13) F. MESSINEO, op. ult. cit., p. 226.
(14) Ya lo había señalado G. MESSINA, La simulatione assoluta, en ID., Scritti giuridici, vol. V, Milán, 1948, p. 76.
(18) Sobre la exigencia de la simultaneidad véase: Salvatore ROMANO, op. cit., p. 25; F. MESSINEO, Del contratto in genere, t. 11, p. 453. La idea de que en la simulación están en juego dos declaraciones o dos contratos, adelantada por MESSINA, ha sido retornada por F. SANTORo-PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civik, Nápoles, 1962, p.149.

(19) SANTORo-PASSARELLI, op. cit., loc, cit. También F. MESSINEO, op. cit., p. 454, pone en evidencia el carácter negocial (y por lo tanto contractual) del acuerdo simulatorio.
(NP4) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1414 del Código Civil italiano de 1942. Efectos de la simulación entre las partes.- El contrato simulado no produce efectos entre las partes.
[A. de los P.] "Artículo 190 del Código Civil peruano.- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrado".
C'\'P5) [A. de los P.] "Artículo 191 del Código Civil peruano.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudi
que el derecho de tercero".
(20) L. FERRI, L 'autonomía privata, cit., p. 59.
(21) Salvatore ROMANO, op. cit., p. 55.
(NP6) [N. de los P.] "Artículo 1417 del Código Civil italiano de 1942. Prueba de la símulación.- La prueba por testigos de la simulación será admisible sin limitaciones si la demanda fuese propuesta por acreedores o por terceros, siempre que estédirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, y también cuando hubiere sido interpuesta por las partes".
(22) Así lo señala FERRARA, citado por ROMANO, ajJ. cit., p. 25, in fine.
(23) Lo destaca F. MESSINEO, ajJ. cit., tomo 11, p. 455.
(:-.iP?) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1415 del Código Civil italiano de 1942. Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes, cuando ella peIjudica sus derechos".
(NP8) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1416 del Código Civil italiano de 1942. Los acreedores del enajenante

simulado pueden hacer valer la simulación que perjudica sus derechos, y en caso de conflicto con los acreedores quirografarios del adquirente simulado, son preferidos a éstos, si su crédito es anterior al acto simulado".
(:-.iP9) [N. de los P.] "Artículo 428 del Código Civil italiano de 1942. Actos realizados por persona incapaz de entender o de querer. - Los actos realizados por persona que, si bien no está sujeta a interdicción, se pruebe que ha sido por cualquier causa, aun transitoria, incapaz de entender o de querer en el momento en que los actos se realizaron, pueden ser anulados a solicitud de la misma persona o de sus herederos o causahabientes, si resulta de ello un grave peIjuicio para el autor.
La anulación de los contratos no se puede pronunciar solo cuando, por el perjuicio que haya derivado o pueda derivar a la persona incapaz de entender o de querer o por la calidad del contrato o por otra causa, resulte de la mala fe del otro contratante.
La acción prescribe dentro del plazo de cinco años contados desde el día en que el acto o el contrato se ha realizado.
Queda a salvo toda diversa disposición de ley".
(24) F. MESSINEO, op. cit., tomo 11, p. 308.
(25) F. MESSINEO, op. cit., p. 512, observa que la materia probatoria es el estado psíquico en el momento en el que la declaración de voluntad ha sido emitida. (26) G. OSTI, voz "Contratto", cit., p. 502.
(NPIO) [N. de los P.] "Artículo 775 del Código Civil italiano de 1942. Donación hecha por persona incapaz de entender o de querer. - La donación hecha por persona que, aun cuando no esté sujeta a interdicción, se pruebe que se ha encontrado por cualquier causa, aun transitoria, en situación de incapacidad de entender o de querer en el momento en que la donación se ha hecho, puede ser anulada a instancia del donante, de sus herederos o causahabientes.

La acción prescribe a los cinco años contados desde el día en que la donación se ha hecho".
(27) F. MESSINEO, op. cit., p. 313, observa que hay incapacidad natural incluso cuando tales facultades están disminuidas grandemente.
(:-IPl1) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1425 del Código Civil italiano de 1942. Incapacidad de las partes.- Es igualmente anulable, cuando concurren las condiciones establecidas en el artículo 428, el contrato estipulado por una persona incapaz de entendimiento y de voluntad".
(28) Lo observa, justamente, MESSINEO, op. cit., p. 31l.
(:-IPI2) [N. de los P.] "Artículo 1330 del Código Civil italiano de 1942. Fallecimiento o incapacidad del empresario.- La oferta o aceptación, cuando es realizada por un empresario en el ejercicio de su actividad, no pierde eficacia si el empresario fallece o deviene incapaz antes de la celebración del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios, o que algo distinto resulte de la naturaleza de la operación o de otras circunstancias".
(:-IP13) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1329 del Código Civil italiano de 1942. Oferta irrevocable.- En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente no quita eficacia a la oferta, salvo que la
naturaleza de la operación u otras circunstancias descarten tal eficacia".
[A. de los P.] "Artículo 1383 del Código Civil peruano.- La muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculan te de la oferta sea
intrasmisible" .

(29) G. MIRABEil.I, Dei contratti in generale, cit., p. 40l.
(30) G. MlRABEil.I, loco ult. cit.
(1\PI4) [N. de los P.] "Artículo 1329 del Código Civil italiano de 1942.- Oferta irrevocable.- Si el oferente se ha comprometido a mantener firme la oferta por un cierto tiempo, la revocación no produce efecto.
En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente no quita eficacia a la oferta, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias descarten tal eficacia".
La regla general en el Código Civil italiano es la revocabilidad de la oferta:
"Artículo 1328. Revocación de la oferta y de la aceptación.- La oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya celebrado. Sin embargo, si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución, antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato.
La aceptación puede ser revocada, siempre que la revocación llegue a conocimiento del oferente antes de la aceptación".
[A de los P.] La regla general en el Código Civil peruano es la irrevocabilidad de la oferta. La expresión la "oferta obliga" es incorrecta porque la oferta no genera una obligación en la esfera jurídica del destinatario de la oferta sino por el contrario un derecho potestativo que es la facultad de modificar (facultad de formación) unilateralmente la esfera jurídica de otro s'-Yeto para la satisfacción de un interés propio:
"Artículo 1382.- La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso".
"Artículo 1383 del Código Civil peruano.- La muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes

legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculan te de la oferta sea intrasmisible".

CAPÍTULO II

Las tratativas

1. Formación instantánea y formación progresiva del contrato

El perfeccionamiento del "acuerdo de las partes" señala el na cimiento del contrato: en el Código Civil se define tal momento como "celebración" del contrato y se usa la expresión "el contrato queda celebrado" (artículos 1326(NPl), 1327, primer párrafo (NP2) ,

(NP1) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- El contrato queda celebrado en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte".
[A. de los P.] El "perfeccionamiento del contrato" es equivalente a la expresión "celebración del contrato":
"Artículo 1373 del Código Civil peruano.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente".
(NP2) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1327 del Código Civil italiano de 1942. Ejecución antes de la respuesta del aceptante.- Cuando a pedido del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se tiene por

celebrado en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución".
[A. de los P.] El legislador peruano usa la palabra "conclusión" que implica la "celebración":
"Artículo 1380 del Código Civil peruano.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante 1328(NP3), 1330(NP4), 1336, primer párrafo(NP5), 1342, pnmer párrafo(NP6") .
En cambio, se define como "desenvolvimiento de las tratativas" la fase que, a veces, precede el momento de la perfección, y que está destinada a desembocar en el acuerdo; en esta hipótesis la celebración es, por lo tanto, el momento, el evento terminal de la fase o procedimiento de formación del contrato (se habla de "formación" en el artículo 1337(NP7").

La formación del contrato es instantánea cuando se suceden, sin interrupciones, la oferta y la aceptación, que son los dos actos constitutivos del acuerdo; es progresiva cuando las partes están distanciadas entre sí, y no usan el teléfono (que serviría para anular la distancia y para considerarlas presentes), o cuando media una fase preliminar de tratativas, o por las dos razones juntas.
Por lo general, el contrato se forma instantáneamente, cuando tiene escasa importancia económica, o cuando su contenido estápredeterminado en todo o en gran parte (por ejemplo, en la compraventa de productos o mercaderías a precio f~o, en el contrato de transporte ferroviario o urbano o en las operaciones bancarias usuales) .
Fuera de las hipótesis anteriores, la formación del contrato es normalmente precedida por una fase de tratativas, especialmente

cuando el contrato tiene notable importancia económica o un contenido particularmente complejo. Las tratativas están dirigidas, esencialmente, a reconocer los puntos de divergencia, a buscar soluciones idóneas, a moderar las pretensiones contrapuestas, a resolver el conflicto de los intereses opuestos. A menudo, cuando la materia a regular es particularmente compleja, y presenta problemas técnicos de difícil solución, los tratantes recurren a la ayuda de expertos o técnicos, a los cuales se confía la elaboración de un proyecto, o eventualmente, la propuesta de una pluralidad de soluciones, para elegir alguna alternativa, cuya conveniencia los interesados se reservan valorar libremente, sin estar comprometidos a dar su adhesión.

Durante las tratativas, no son raras las veces en que los tratantes eligen firmar por escrito los puntos sobre los cuales se ha logrado concordancia, y predisponen una "minuta" o "fijación de puntos" eventualmente firmada: dicho documento puede cumplir funciones probatorias sólo con respecto a la marcha y al tenor de la tratativa, pero no eficacia vinculante, porque la simple concordancia sobre puntos singulares no equivale a un acuerdo ni a un contrato.

El problema es más complejo cuando las tratativas desembocan

en acuerdos propiamente dichos sobre todas las cláusulas principales, y cuando queda en suspenso sólo la determinación de eventuales cláusulas accesorias. En general, se afirma que el contenido del contrato es unitario y que el acuerdo debe ser alcanzado sobre todos los puntos, sin que se pueda distinguir entre cláusulas principales y cláusulas accesorias(NP8). Por otro lado, el acuerdo sobre los puntos esenciales se considera suficiente para la celebración del contrato siempre que la reglamentación de los elementos no previstos pueda ser suplida con la aplicación de normas legales o con

los usos, aun en ausencia de reserva expresa, y siempre que el acuerdo haya sido logrado por las partes sobre todos los elementos en discusión: en cambio, el contrato no se considera celebrado si las partes se han reservado determinar otros elementos, aunque sean secundarios y estén regulados por normas legales. [En este sentido pueden verse las sentencias de la Corte de Casación, n. 1459, del 20 de junio de 1961, en "Giurisprudenza italiana", 1962,1,1, col. 1209; n. 702, del 4 de marzo de 1968, en "!lloro padano", 1968,1, col. 538](1).
Se considera cuestión de hecho, no revisable en Casación, la verificación de si, en los casos concretos, se han logrado acuerdos parciales, aún encuadrables en el ámbito de las tratativas precontractuales, o si se ha logrado un contrato perfecto. [Véase, en tal sentido, la sentencia de la Corte de Casación n. 1195, del 19 de mayo de 1961, en "Giurisprudenza italiana", 1962,1,1, col. 1209].
Por otro lado, no falta algún autor que reconoce naturaleza contractual incluso a los acuerdos parciales, en tanto asume que estos implican una renuncia al poder de revocación del consentimiento en lo referente a aquellos puntos o cláusulas que forman parte de su contenido. Sin embargo, la doctrina predominante los considera acuerdos no vinculantes, que forman parte de las tratativas, y que pueden cobrar relevancia, a lo sumo, en la hipótesis de una posterior celebración del contrato, entrando, en tal caso, a formar parte de su contenido, aun cuando las partes no hayan hecho referencia expresa a los mismos en el momento de la formación del consentimiento(2).

2. Deber de corrección en el desenvolvimiento de las tratativas: responsabilidad precontractual

En el desenvolvimiento de las tratativas, las partes deben com

portarse según la buena fe (artículo 1337); este deber se extiende a toda la fase de formación del contrato, y, por lo tanto, es conveniente examinar su naturaleza y contenido desde tan amplia perspectiva.

Aquí debe entenderse "buena fe", no en sentido meramente sub
jetivo, como estado de ignorancia no-culpable de una situación (cfr. artículos 1147(NP9) y 1153(NPIO), sino, sobre todo, en sentido objetivo, como corrección, lealtad de conducta: en tal significado, el comportamiento según buena fe se impone a los contratantes también en la fase de ejecución del contrato (cfr. artículos 1366(NPll) y 1375(NP12).

En la fase precontractual, a través del deber de corrección, al cual se hace referencia en el artículo 1337, se tiende a "moderar la libertad de acción de las partes, que debe mantenerse íntegra durante las tratativas, con la exigencia de imponer a los contratantes una determinada línea de conducta, suficientemente respetuosa de los intereses de la contraparte, con el propósito princ;ipal de evitar que las tratativas puedan transformarse en fuente de daños"(3).

La mayoría reconoce en la norma examinada una especificación del principio general del "neminem laedere", sugerida porla "particular interferencia que las tratativas determinan para cada una de las partes en la esfera de autonomía de la otra" (4) . Coherentemente con esta posición, se atribuye a la responsabilidad producida por la violación del deber de corrección, denominada "responsabilidad precontractual" o "culPa in contrahendo", naturaleza extracontractual o aquiliana. Otros, en cambio, sostienen que se trata de responsabi-

lidad contractual, al identificar, en esta especie, un deber preconstituido con un específico contenido positivo.

El problema no es simple ni predominantemente teórico (5) , pues su solución tiene incidencia en varias cuestiones de importancia práctica. Ello se aprecia, sobre todo, en lo referente a la carga de la prueba: en la responsabilidad contractual, en efecto, el actor sólo debe probar el incumplimiento del deudor, y no la culpa del mismo; corresponderá a éste último, si desea librarse de responsabilidad, demostrar que el incumplimiento ha derivado de causa a él no imputable (artículo 1218(NPI3)); en cambio, en la responsabilidad extracontractual, la víctima no sólo debe probar el acto productivo del daño, sino también el dolo o culpa del causante, en aplicación del principio general sobre la carga de la prueba que impone a quien hace valer un derecho la carga de probar los hechos que constituyan su fundamento (artículo 2697(NPI4)).

La solución del problema también adquiere relevancia en orden a la extensión del resarcimiento, que en materia de responsabilidad contractual, cuando no existe dolo, está limitado a los daños previsibles en el momento de surgimiento de la obligación (artículo 1225(NPI5)); en materia de responsabilidad extracontractual, en cambio, el resarcimiento siempre comprende los daños no previsibles, como se deduce del hecho de que en el artículo 2056(NPI6) no se cite el artículo 1225. y se señala, en fin, que la solución de la cuestión también tiene importancia práctica "para la determinación de las causas que justifican el desistimiento [o de la suspensión] de las tratativas, las cuales, si se trata de responsabilidad extracontractual, no tienen
por qué consistir necesariamente en una imposibilidad absoluta de llegar al contrato proyectado (artículo 1218), sino que

podrán estar constituidas incluso por razones sobrevenidas por simple conveniencia, siempre que éstas no sean contrarias a la debida lealtad"(6).

3. Los daños resarcibles

Hay concordancia en el reconocimiento de que la responsabilidad está limitada al denominado "interés negativo" (id quod interest contractum initum nom fuisset), "es decir, no tiene por objeto el daño que se hubiese derivado para la contraparte por el incumplimiento de las obligaciones que habrían surgido del contrato, de haberse celebrado, y válidamente celebrado, este último, sino el daño experimentado por la parte que confió, sin su culpa, en la posibilidad de celebrar el contrato, o en la validez del contrato celebrado (artículo 1338(NPI7)): vale decir, los gastos incurridos y las pérdidas sufridas (por ejemplo, por ocasiones pérdidas de celebrar otro u otros contratos) por causa de las tratativas no llegadas a buen fin por el comportamiento desleal de la otra parte (en virtud del artículo 1328, primer párrafo) "(7).
Desde el punto de vista subjetivo, es obvio que se incurre en responsabilidad cuando la violación del deber de corrección es dolosa (intención de dañar); no es así de pacífico, en cambio, admitir si es suficiente la simple culpa: para algún autor es necesaria, con más propiedad, la mala fe, para cuya configuración bastaría incluso la simple ausencia de un motivo atendible e idóneo Uusta causa), para justificar el comportamiento.
Como comportamiento ilícito comprendido en la esfera de aplicación del artículo 1337, se incluye, comúnmente, el desistimiento de las tratativas. Al respecto, se debe observar que para el surgimiento de la responsabilidad no basta la mala fe de quien efectúa el desistimiento, sino que es necesa-

rio que las tratativas no se hayan limitado a meros acercamientos o sondeos, y que hayan alcanzado un estadio avanzado, que haga razonablemente prever, con toda probabilidad, que el contrato se habría celebrado de no haberse producido el desistimiento(S). Una responsabilidad por desistimiento injustificado tiene lugar, además, y con mayor razón, cuando las tratativas no sólo han llegado a un estadio avanzado, sino que han concluido, pero el contrato no pueda considerarse perfeccionado por ausencia
de la forma requerida ad substantiam(9). La Corte de Casación ha afirmado, por otro lado, que no siempre un acuerdo completo, todavía no revestido de las formas de ley, es relevante para efectos de la responsabilidad precontractual [sentencia n. 1499, del 18 de mayo de 1971, en "Giurisprudenza italiana", 1973,1,1, col. 1486].

Por lo tanto, es necesaria la confianza "no-culposa" de la contraparte, a pesar de que el objeto de tutela, propiamente dicho, no parece ser la confianza (pues el resultado de las tratativas, como se ha anotado, es siempre aleatorio), la cual se presenta más bien como límite, sino el interés de la parte en no sufrir daños económicos por haber entrado en tratativas (1 O) .
Hay otros comportamientos, diversos del desistimiento injustificado de las tratativas, que implican violación del deber de corrección dispuesto en el artículo 1337; tal es el caso de la reticencia relativa a circunstancias relevantes, sobre la sustancia del eventual contrato futuro (por ejemplo, en el supuesto del artículo 1892(NPlS") (11), la violación del llamado "secreto contractual" (deber de no revelar informaciones, concernientes al desarrollo de las tratativas, cuyo conocimiento, por parte de terceros, pueda dañar los intereses del otro tratante), y en general, todo lo que el sujeto diga o haga

de modo que dañe a la contraparte durante las tratativas. El resarcimiento del daño también parece poder ser requerido, por otro lado, en la hipótesis de celebración del contrato, cuando el comportamiento incorrecto de una parte en la fase de formación del contrato haya inducido a la contraparte a asumir obligaciones más gravosas de las que se habrían producido si la parte hubiese actuado lealmente; ello ocurre si un contratante ha sido inducido a error (dolo incidental: artículo 1440(NPI9)) por efecto de la mala fe de la otra parte. Una particular aplicación de esta figura puede reconocerse en el artículo 1490, segundo párrafo (NP20) , en materia de garantía contra los vicios ocultos en la compraventa; y en el artículo 1579(NP21), en materia de vicios de la cosa arrendada. En estos dos últimos casos, la sanción no está constituida por la obligación de resarcir el daño, sino por la nulidad del pacto limitativo de la responsabilidad.
Una aplicación particular del artículo 1337 es la considerada en el artículo 1338: aquí el comportamiento incorrecto está representado por la ausencia de comunicación a la contraparte de una causa de invalidez del contrato, que la parte conocía.
Pero la parte incurre en responsabilidad incluso si no conocía, y por ello no ha comunicado a la contraparte, una causa de invalidez que tenía la obligación de conocer: al respecto, se indica que también está comprendido en el deber de corrección un deber de diligencia en el examen de la situación que sirve de base al contrato. La jurisprudencia ha afirmado que la responsabilidad prevista en el artículo 1338 no tiene lugar cuando el otro sujeto incurra, a su vez, en culpa, en el sentido de que él, usando la diligencia normal, habría podido conocer la causa de invalidez, o cuando la nulidad derive de la violación de ley(l2).

Se asimilan a la violación del principio consagrado en el artículo 1337, las hipótesis previstas en el artículo 190, segundo párrafo, inciso 2(NP22) (ahora abrogado), y en el artículo 1426(NP23).

Otro caso de responsabilidad precontractual debe reconocerse en la hipótesis prevista por el artículo 1328, primer párrafo, porque a pesar de que aquí no se hace alusión a una culpa o a un comportamiento no correcto del contratante que revoca la oferta, hay que considerar que el deber del resarcimiento no puede tener otro fundamento que la conducta incorrecta del que revoca la oferta (otros hablan, en este supuesto, de responsabilidad por acto lícito, la cual se verificaría independientemente de la existencia de un comportamiento incorrecto del agente).

En cambio, la responsabilidad a la cual se refiere el artículo 1327, segundo párrafo (NP24) , no está comprendida en la previsión del artículo 1337: se observa, en efecto, que aquí el deber de resarcimiento del daño deriva de una causa específica; asimismo, el contenido y la extensión del resarcimiento no están determinados por la ley; pero lo que más importa es que, en la hipótesis examinada, la responsabilidad deriva de una omisión posterior a la celebración del contrato.

(NP1) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- El contrato queda celebrado en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte".

[A. de los P.] El "perfeccionamiento del contrato" es equivalente a la expresión "celebración del contrato":

"Artículo 1373 del Código Civil peruano.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente".
(NP2) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1327 del Código Civil italiano de 1942. Ejecución antes de la respuesta del aceptante.- Cuando a pedido del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se tiene por celebrado en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución".
[A. de los P.] El legislador peruano usa la palabra "conclusión" que implica la "celebración":
"Artículo 1380 del Código Civil peruano.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios".
(NP3) [N. de los P.] "Artículo 1328 del Código Civil itali<ínO de 1942. &vocación de la oferta y de la aceptación.- La oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya celebrado. Sin embargo, si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución, antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato.
La aceptación puede ser revocada, siempre que la revocación llegue a conocimiento del oferente antes de la aceptación".
(NP4) [N. de los P.] "Artículo 1330 del Código Civil italiano de 1942. Fallecimiento o incapacidad del empresario.- La oferta o aceptación, cuando es realizada por un empresario en el ejercicio de su actividad, no pierde eficacia si el empresa-

rio fallece o deviene incapaz antes de la celebración del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios, o que algo distinto resulte de la naturaleza de la operación o de otras circunstancias".
(NP5) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1336 del Código Civil italiano de 1942. Oferta al público. La oferta al público, cuando contiene los extremos esenciales del contrato a cuya celebración está dirigida, vale como oferta, salvo que algo distinto resulte de las circunstancias o de los usos".
(NP6) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1342 del Código Civil italiano de 1942. Contrato celebrado mediante modelos o formularios.- En los contratos celebrados mediante la suscripción de modelos o formularios, predispuestos para regular de
modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al modelo o al formulario prevalecen sobre las del modelo o formulario, si fueran incompatibles con las mismas, incluso si éstas no hubieran sido canceladas".
(NP7) [N. de los P.] "Artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942. Tratativas y responsabilidad precontractual.- En el desenvolvimiento de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse según la buena fe".
[A. de los P.] En el Código Civil peruano se usa la denominación "negociación":
"Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".
(:\P8) Esta es la solución propuesta por un sector de la doctrina nacional, con la cual concordamos, según lo normado en el Código Civil peruano:
"Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

Artículo 1360.- Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente".
Hugo FORNO FLÓREZ, La oferta al público, Razones para una discrepancia, en Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, NQ 45, Diciembre, 1991, p. 222: "Es evidente que tal como lo hace el art. 1359, el arto 1360 debe entenderse referido a la existencia del contrato. Ahora bien, esto quiere decir que el contrato. no se forma en el momento en que se estipula la reserva, ya que, eventualmente, sólo se formará en el futuro, cuando aquella se haya satisfecho.
Si, como nosotros pensamos, este es el correcto sentido que tiene el artículo 1360, los detractores de esta opinión podrían preguntarse cuál es entonces la diferencia entre esta disposición y la del arto 1359. La diferencia más importante es la que
consiste en el efecto retroactivo que concede al contrato el arto 1360, en el sentido que se entiende perfeccionado en la fecha en que se efectuó la reserva, cosa que no ocurre en el caso del art. 1359, según el cual el contrato sólo se entenderá formado
en la fecha en que se convenga sobre el último punto del programa contractual. Es evidente que como la retroactividad que la ley contempla puede resultar inconveniente; hubiera sido deseable que se permitiera a las partes estipularIa en lugar de establecerIa como un efecto natural". La interpretación propuesta resultaría perfecta si no fuera por el efecto retroactivo establecido en el artículo 1360.
(1) P. VITUCCI, 1 profili delta conclusione del contratto, cit., p. 213; A. RAVAZZONI, La formazione del contratto, Milán, 1966, p. 81. En sentido contrario parece pronunciarse, en

cambio, la Corte de Casación, en su sentencia n. 1195, del 19 de mayo de 1961, en "GiurisprÚdenza italiana", 1962, 1, 1, col. 1209, donde se observa que la reserva sobre un elemento secundario o complementario no impide el perfeccionamiento del contrato.
(2) A. RAVAZZONI, op. cit., p. 86.
(NP9) [N. de los P.] "Artículo 1147 del Código Civil italiano de 1942. Posesión
de buma fe. - Es poseedor de buena fe quien posee ignorando que lesiona el dere
cho de otro.
La buena fe no favorece si la ignorancia depende de culpa grave. .
La buena fe se presume y basta que haya existido al tiempo de la adquisición".
[A. de los P.] "Artículo 906 del Código Civil peruano.- La posesión ilegítima
es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de
hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título".
Paolo GALLO, Istituzioni di diritto privato, Segunda edición, G. Giappichelli
Editore, Torino, 2003, p. 182: "La buena fe en sentido subjetivo indica precisamente un estado subjetivo de quien ignora de lesionar un derecho ajeno. Por ejemplo,
el poseedor de buena fe que ignora de lesionar los derechos del propietario".
(NPIO) [N. de los P.] "Artículo 1153 del Código Civil italiano de 1942. Efectos de la adquisición de la posesión. - Aquel a quien son en..yenados bienes muebles por parte de quien no es propietario de ellos, adquiere su propiedad mediante la posesión, siempre que sea de buena fe en el momen-

to de la entrega y exista un título idóneo para la transferencia de la propiedad.
La propiedad se adquiere libre de derechos ajenos sobre la cosa, si éstos no resultan del título y hay buena fe del adquirente. Del mismo modo se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda".
[A. de los P.] "Artículo 948 del Código Civil peruano.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se excep
túan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal".
(NPII) [N. de los P.] "Artículo 1366 del Código Civil italiano de 1942. Interpretación de buena fe.- El contrato debe ser interpretado con arreglo a la buena fe".
[A. de los P.] "Artículo 1362 del Código Civil peruano.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".
(NPI2) [N. de los P.] "Artículo 1375 del Código Civil italiano de 1942. Artículo 1375. Ejecución de buena fe.- El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe".
[A. de los P.] "Artículo 1362 del Código Civil peruano.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".
Paolo GALLO, Istituzioni di diritto privato, Segunda edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 183: "¿Pero qué significa buena fe, y en particular cumplimiento de buena fe? Se trata de una típica cláusula general, y como tal suscepctible de cualquier contenido. En particular gracias a este principio es posible introducir en el sistema una pluralidad de deberes accesorios que hacen corona al cumplimiento de la prestación principal".
(3) R. SCOGNAMIGUO, Contratti in generale, cit., p. 88.

(4) G. Osn, voz "Contratto", cit., p. 514.
(5) Como parece considerar SCOGNAMIGUO, op. cit., p. 90. Distintamente, véase: G. Osn, op. cit., p. 514.
(XPI3) [N. de los P.] "Artículo 1218 del Código Civil italiano de 1942. Responsabilidad del deudor.- El deudor que no realiza exactamente la prestación debida estáobligado al resarcimiento del daño a menos que pruebe que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él".
[A. de los P.] El Código Civil peruano regula confusamente las hipótesis de hecho para atribuir responsabilidad por incumplimiento de obligaciones:
"Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación".
"Primer párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".
(NPI4) [N. de los P.] "Artículo 2697 del Código Civil italiano de 1942. Carga de la prueba.- Quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen su fundamento.
Quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales se funda la excepción".
(NP15) [N. de los P.] "Artículo 1225 del Código Civil italiano de 1942. Previsibilidad del daño.- Si el incumplimiento o el retardo no se han debido a dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que se podía prever al momento en que surgió la obligación".

[A. de los P.] Defectuosamente se incorpora la graduación de la culpa en materia de previsibilidad del daño en responsabilidad por incumplimiento de obligaciones:
"Tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano.- Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".
(:'<PI6) [N. de los P.] "Artículo 2056 del Código Civil italiano de 1942.- Valoración de los daños.- El resarcimiento debido al damnificado se debe determinar de acuerdo con las disposiciones de los artículos 1223, 1226 Y 1227.
El lucro cesante es valorizado por el juez con apreciación equitativa de las circunstancias del caso".
(6) G. Osn, loc. ult. cit.
(NP17) [N. de los P.] "Artículo 1338 del Código Civil italiano de 1942. Conocimiento de las causas de invalidez.- La parte que conociendo, o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no da noticia de ello a la otra
parte queda obligada a resarcir el daii.o causado a ésta, por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato".
(7) G. Osn, loc. ult. cit.; SCOGNAMIGLIO, op. cit., loco cit.
(8) G. Osn, op. cit., loco cit.
(9) ¡bid., loc. cit.
(10) G. MlRABELU, Dei contratti in generaLE, cit., p. 81.
(~PI8) [N. de los P.] "Artículo 1892 del Código Civil italiano de 1942. Declara
ciones inexactas y reticencias con dolo o culPa grave.- Las declaraciones inexactas y las reticencias del contratante, relativas a circunstancias tales que el asegurador no habría dado su consentimiento o no lo habría dado en las mismas condiciones si hubiese conocido el verdadero estado de las

cosas, son causa de anulación del contrato cuando el contratante ha obrado con dolo o con culpa grave.
Caduca el derecho de impugnar el contrato por parte del asegurador si, dentro de los tres meses desde el día en que ha conocido la inexactitud de la declaración o la reticencia, no declara al contratante que debe ejercitar la impugnación.
El asegurador tiene derecho a las primas relativas al período de seguro en curso en el momento en que ha pedido la anulación y, en todo caso, a la prima convenida por el primer aii.o.
Si el siniestro se verifica antes de que haya transcurrido el plazo indicado en el párrafo anterior, no está obligado a pagar la suma asegurada.
Si el seguro se refiere a varias personas o varias cosas, el contrato es válido en cuanto a aquellas personas o aquellas cosas a las cuales no se refiere la declaración inexacta o la reticencia".
(11) G. VISINTINI, La reticenza nellaformaÚone dei contratti, Padua, 1972.
(:":PI9) [N. de los P.] "Artículo 1440 del Código Civil italiano de 1942. Dolo incidentaL- Si los engaños no han sido tales para determinar el consentimiento, el contrato es válido, aún cuando en ausencia de ellos, se hubiese celebrado en condiciones distintas, pero el contratante que incurrió en mala fe responde de los daños".
[A. de los P.] "Artículo 211 del Código Civil peruano.- Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios".
(:-'¡P20) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1490 del Código Civil italiano de 1942. Garantía por los vicios de la cosa vendida.- El pacto por el cual se excluye o se limita la

garantía no tiene efecto si el vendedor ha ocultado de mala fe al comprador los vicios de la cosa"
[A. de los P.] "Artículo 1528 del Código Civil peruano.- Es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo.
Sin embargo, puede ser válida, a juicio del juez, la exoneración o limitación del saneamiento por hechos concretos, cuya justificación debe expresarse en el contrato".
(:-'¡P21) [N. de los P.] "Artículo 1579 del Código Civil italiano de 1942. Limitaciones convencionales de la responsabilidad.- El pacto por el cual se excluye o se limita la responsabilidad del arrendador por los vicios de la cosa no tiene efecto, si el arrendador los ha ocultado de mala fe al arrendatario o bien si los vicios son tales que hacen imposible el goce de la cosa".
(12) G. MIRABELLI, op. cit., p. 84, donde se citan casos judiciales.
(:-'¡P22) [N. de los P.] En su versión original el artículo 190 del Código Civil italiano de 1942 decía lo siguiente:
"Nulidad de la enajenación de la dote.- El marido puede durante el matrimonio hacer declarar nula la enajenación o .la obligación de la dote que no haya sido permitida en el acto de constitución o autorizada por el tribunal. Igual derecho corresponde a la mujer aun después de disuelto el matrimonio.
El otro contratante no puede pretender ser reembolsado por lo que ha pagado en virtud del contrato declarado nulo sino en los limites en los que lo pagado se ha convertido en beneficio de la mujer o de la familia. Pero el marido está obligado por los daños frente a aquél con quien ha contratado, si en el contrato no ha declarado que el bien era dotal".

Ahora, el artículo 69 de la Ley de reforma del derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151 dice lo siguiente:

"Artículo 190. Responsabilidad subsidiaria.- Los acreedores pueden accionar en vía subsidiaria sobre los bienes personales de cualquiera de los cónyuges, en la medida de la mitad del crédito, cuando los bienes de la comunidad no sean sufi cientes para satisfacer las deudas sobre ellos gravados"
(:-'¡P23) [N. de los P.] "Artículo 1426 del Código Civil italiano de 1942. Engaños empleados por el menor de edad.- El contrato no es anulable si el menor ha ocultado con engaños su minoría de edad; empero, la simple declaración .que él hiciere, de ser
un mayor de edad, no es obstáculo para la impugnación del contrato".
(W24) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1327 delCódigo Civil italia no de 1942. El aceptante debe dar pronto aviso a la otra parte de la ejecución iniciada, y en caso de omisión, está obligado al resarcimiento del daño".
[A. de los P.] "Artículo 1380 del Código Civil peruano.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptan te haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios".

CAPÍTULO III

La oferta

1. Naturaleza y efectos de la oferta

Mientras que las tratativas constituyen una fase eventual, que

sólo normalmente precede la celebración del contrato, la oferta y la aceptación son, en cambio, los dos actos esenciales del procedimiento de formación del contrato, aun cuando, en concreto, pueda resultar difícil diferenciarlas y aislarlas de las tratativas. De ordinario, ellas adquieren una autonomía precisa sólo en los contratos celebrados entre personas ausentes.

La oferta (o propuesta) es definida, por la mayoría, como una declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio, dirigida a un destinatario determinado; y como el acto con el cual un sujeto asume la iniciativa para la celebración del contrato, al proyectar el contenido de éste a otro sujeto, que podrá aceptar o rechazar.
En cuanto a la naturaleza de la oferta, se afirma que ésta no puede calificarse como negocio jurídico, y tampoco como simple acto
jurídico: la oferta (al igual que la aceptación) estaría privada de autonomía propia, y sería, de por sí, improductiva de efectos jurídicos, pues estos se realizan sólo si media contrato; con respecto al contrato, la oferta (unida a la aceptación) no sería mas que un elemento, un fragmento, y de aquí surge, por ejemplo, la definición de "actos prenegociales", atribuida, por una autorizada doctrina, a la oferta (y a la aceptación) (l).
Para la oferta se puede aceptar la definición de "acto prenegocial", porque es cierto que de ella no nace un vínculo jurídico, una obligación. Es "prenegocial" en tanto no-negocial, sino preparatoria del negocio- contrato. Empero, no se debe llegar a negar a la oferta la naturaleza de acto jurídico en sentido estricto, es decir, que ella también tiene una eficacia jurídica propia(2).

Considerada autónomamente, la oferta no es un negocio jurí

dico, pero puede concurrir para formarIo. Por lo tanto, la afirma
ción de que la oferta es una manifestación de voluntad(3) no debe ser acogida si se la entiende como "establecimiento" de una voluntad jurídicamente vinculante. En la oferta o propuesta la voluntad no es "establecida", sino simplemente "propuesta". Otra cosa es establecer una voluntad, una norma, y otra cosa es proponerIa. La propuesta u oferta tiene naturaleza de interrogación, no de mandato. Ella tiene que ver con un acto de asentimiento, no de obediencia. No existe, ni siquiera implícitamente, un automandato o un compromiso para el declarante, que no se obliga a nada. Y ello es válido incluso para la
oferta firme o irrevocable. La oferta y la promesa son figuras del todo diversas (4) . Como veremos, quien efectúa una oferta firme o irrevocable no se obliga a hacer o no hacer alguna cosa, sino que se ubica, en virtud del acto realizado, en un estado de sujeción frente al destinatario de la oferta, al cual le es conferido un poder correspondiente.

Luego de la emisión de la oferta, el destinatario de la oferta adquiere el poder de perfeccionar o celebrar unilateralmente el contrato. Este discurso es válido tanto para la oferta irrevocable o firme cuanto para la oferta revocable.

Si la oferta no es manifestación de voluntad, es decir, no es negocio jurídico, es, de todos modos, un acto, ya de por sí jurídicamente relevante, al cual la ley enlaza los efectos jurídicos. A menudo son efectos transitorios, destinados a ceder el lugar a los efectos negociales
(del contrato), o a extinguirse, sencillamente o sin más, en caso de falta de aceptación o de rechazo.

La oferta, en cuanto tal, es, por lo tanto, un acto jurídico en
sentido estricto, que tiene eficacia autónoma.

La oferta contractual entre personas ausentes ha sido enmarcada en el concepto de formación sucesiva de la hipótesis de hecho [fattispecie<*)], y se ha puesto en evidencia, exactamente, que toda fase de dicha formación posee autonomía bajo el reflejo de la eficacia, aunque los efectos de las distintas fases (de la oferta, en este caso) tengan una función preparatoria o instrumental respecto del efecto final, en el que quedan parcialmente absorbidos. En particular, tal autonomía se pone en evidencia, precisamente, por el hecho de que no todos los efectos propios de una fase quedan re absorbidos en el efecto final: por ejemplo, la cláusula con la cual el oferente delimita el período válido para la aceptación, o la cláusula con la cual subordina la eficacia de la oferta a la condición del "a menos que se haya vendido", sólo operan en el período de formación del contrato. Certeramente, se indica que en esta última hipótesis estamos ante una condición resolutoria, que afecta a la oferta en cuanto tal, y no influye en el contrato. Repárese, además, en que la oferta puede contener prescripciones relativas a la forma de la aceptación, vinculantes para el aceptante. En otras palabras, el oferente puede pedir que la aceptación se produzca de una forma determinada (artículo 1326, cuarto párrafoU\Pl). Ahora bien, esta carga formal también es un efecto jurídico de la oferta en cuanto tal (5).
La oferta debe contener la completa determinación del contenido del contrato que se quiere celebrar, por lo menos en sus elementos esenciales, de manera que la celebración pueda lograrse con la simple aceptación del destinatario de la oferta.

Si la oferta no contiene todos los elementos esenciales, está incompleta, y no vale como oferta, sino como simple invitación a entrar en tratos. Y cuando no se quiera someter su reglamentación a los normales medios de integración del

contenido contractual (normas supletorias, usos, etc.), el oferente también deberá incluir en la oferta todos aquellos elementos secundarios, y no esenciales, que quiere subordinar a una regulación en particular.
Puesto que debe ser reconocible para el destinatario, y tener un contenido adecuadamente determinado, la oferta tiene que ser declarada verbalmente o por escrito, o bien manifestada con hechos significativos y unívocos (por ejemplo, la exposición en vitrinas de la mercadería ofrecida en venta, con indicación del precio).
Cuando la celebración del contrato requierre una forma particular ad substantiam (porque la ley o las partes lo establecen), la oferta (al igual que la aceptación) debe revestir la misma forma. Por estar destinada a componer un contrato formal, la oferta no puede dejar de estar subordinada a la carga de la forma.

2. Caducidad y revocación de la oferta

Se ha visto que de la oferta nace una sujeción del oferente al poder de aceptación del destinatario de la oferta. Esta situación es, por otro lado, temporal, y puede cesar antes de que el destinatario haya ejercido el poder de aceptación o de rechazo. La oferta pierde eficacia si la aceptación no llega al oferente dentro del plazo por él establecido, o dentro del plazo ordinariamente necesario de acuerdo con la naturaleza del negocio o con los usos (artículo 1326, segundo párrafo(NP2"). Además, como ya se ha señalado, la oferta deja de tener efecto por la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente, anterior al conocimiento, por parte del mismo oferente, de la aceptación producida (si se interpreta, a contrariis, el artículo 1330(NP3"), sin peIjuicio

de las excepciones a las cuales se refieren los artículos 1329, segundo párrafo (NP4) , y 1330. La oferta también deja de tener efecto, como veremos más adelante [Cap. IV, núm. 7], por efecto del rechazo.

Finalmente, la oferta puede ser revocada por el oferente mien tras el contrato no se haya celebrado (artículo 1328, primer párrafo(NP5") .

De ello no es deducible -como se sostiene, incluso autorizadamente- que la voluntad de contratar, para ser vinculante para el oferente, tenga que subsistir hasta el momento en que el contrato se perfecciona(6): el cumplimiento de un acto jurídico propiamente dicho, como el acto de revocación, hace cesar la eficacia de la oferta, y no el simple cese de una situación psicológica (7).
La revocación, en sentido estricto, es el acto jurídico mediante el cual, quien ha realizado un acto jurídico convierte éste en inexistente o, según otros autores, quita eficacia a éste. Naturalmente, quien niega que la oferta sea un acto jurídico, atendiendo a que de ella no nacerían efectos jurídicos, niega también el carácter de acto jurídico a la revocación de la oferta. Se observa, en particular, que la revocación del negocio es, en todos los casos, un negocio contrario; en cambio, la revocación del acto prenegocial impide la formación del negocio. Sin embargo, esta tesis parece ser contraria a lo establecido en el artículo 1334(NP6), que habla de "efectos de la revocación".
De modo prácticamente unánime, se reconoce que la revocación de la oferta produce el efecto que le es propio desde el momento en que es emitida y dirigida al destinatario, y no en el momento en que llega a éste; sin embargo, por cuanto está dirigida a la otra parte, no basta que la declaración sea emiti-

da: también es necesario que sea transmitida con medios idóneos, antes de que la aceptación arribe al oferente [Corte de Casación, sentencia n. 290, 15 de febrero de 1953, en "Giustizia civili', 1953, p. 394] (8). Los artículos 1334y 1335(NP7) podrían dar cabida a alguna duda, la cual, sin embargo, es superada por la aclaración dispuesta en el artículo 1328, primer párrafo, en virtud del cual, la revocación de la oferta opera aun antes de ser (o sin ser) conocida por el aceptante.

Por tanto, la revocación de la oferta puede definirse como una declaración recepticia, únicamente si se considera que debe dirigirse a un destinatario: no ocurre lo mismo si se considera recepticia sólo la declaración que produce efecto desde el momento en que es recibida (y, por lo tanto, desde el momento en que es conocida) por el destinatario (como se establece, en cambio, para la revocación de la aceptación: artículo 1328, primer párrafo(NP8)).

El momento en que la revocación de la oferta llega a conoci miento de la otra parte tiene relevancia con el fin de determinar la
resarcibilidad, o no, de los daños producidos al aceptante, cuando
éste haya emprendido la ejecución del contrato [sobre la naturale
za de dicha responsabilidad, véase supra, Cap. 11, n. 2]; por otro
lado, para descartar el derecho al resarcimiento, parece ser suficiente que el aceptante haya tenido "noticia" de la revocación de la oferta, aunque haya recibido de cualquier otra manera la declaración de revocación (9) .

Para terminar, en la jurisprudencia se afirma que para la revo cación de la oferta (o de la aceptación) no se requiere la misma for

ma eventualmente necesaria para las declaraciones contractuales

[Corte de Casación, sentencia n. 725, del 28 de febrero de 1957, en
"Giustizia civile", 1957,1, p. 1296](10).

3. Oferta irrevocable

La oferta es normalmente revocable; están previstas, en efecto,
hipótesis de oferta irrevocable debidas a la voluntad misma del oferente (oferta firme, artículo 1329(NP9) del Código Civil) o establecidas por la ley (artículos 782, cuarto párrafo (NPlO), 1333(NPll\1887(NPI2)).

Bajo el imperio del Código Civil abrogado, se dudaba que el oferente pudiese volver irrevocable, unilateralmente, su oferta y la tesis negativa se hacía fuerte por el principio según el cual las promesas unilaterales no se consideraban vinculantes para el derecho, principio que, por lo demás, ha tenido consagración en el Código Civil vigente (artículo 1987(NPI3)). Se afirmaba que solamente el contrato puede ser fuente de irrevocabilidad de la oferta. Ahora bien, todo ello se basaba en el presupuesto de que la irrevocabilidad era objeto de una obligación propiamente dicha (obligación de no revocar). Incluso el sector de la doctrina que consideraba eficaz y vinculante la oferta firme, fundaba tal eficacia en el acto unilateral del oferente, considerado como fuente de obligación, es decir, como promesa. El artículo 1329 representa la superación de las controversias doctrinales que se habían producido bajo el abrogado Código Civil(ll).

Por otro lado, hasta hoy se sostiene que la oferta firme o irrevo
cable crea derechos y deberes, por lo cual se llega a la conclusión incluso por parte de los que niegan a la oferta revocable naturaleza negocial- de que la oferta irrevocable es un verdadero acto jurídico, y no un negocio jurídico. En realidad, la oferta firme o irrevocable, en lo sustancial, no tiene una naturaleza distinta de la oferta revocable, con excepción, naturalmente, de su irrevocabilidad. Si se considera que la oferta ordinaria o revocable no constituye un negocio jurídico, no se puede concluir algo distinto respecto de la oferta irrevocable. La oferta irrevocable tampoco crea un vínculo jurídico; ella no hace surgir ninguna obligación. La oferta irrevocable, al igual que la que llamamos "oferta ordinaria", crea para el oferente una sujeción, no un vínculo obligatorio. No existe un deber de no revo
cal' (que podría ser violado con la revocación: sin perjuicio del consiguente deber de resarcir los daños): lo que existe es una
irrevocabilidad de la oferta: tanto es así que la revocación, por expresa regulación de la ley (artículo 1329, primer párrafo), no produce efecto. Con la oferta, aunque sea firme, nos mantenemos siempre en el plano de los poderes, y no en el de las relaciones jurídicas: éstas aún no pueden considerarse surgidas.

Obsérvese, del mismo modo, que la oferta firme también está destinada a fundirse con la aceptación en el contrato; por consiguiente, ella tiene, como la oferta común, una autonomía del todo precaria.

La negación de la eficacia obligatoria de la oferta firme parece

ser desmentida por la letra de la ley, que habla de la "obligación de mantener firme la oferta"; pero ¿qué obligación es una que no pue
de ser violada? Un deber, una obligación, se pueden concebir sólo si es posible el incumplimiento de lo pactado; en cambio, en la oferta firme, es la ley misma la que nos advierte que la revocación (que sería la única forma concebible de incumplimiento de la obligación de no revocar) es ineficaz.
Por lo tanto, los efectos de la oferta firme son, en lo sustancial,
los mismos de la oferta común (salvo por el carácter precario de estos últimos, como consecuencia del poder de revocación que corresponde al oferente); ésta no crea deberes u obligaciones, sino que atribuye al destinatario de la oferta el poder de aceptación, el cual corresponde, respecto del oferente, con una sujeción, y no con una obligación (12).
Así pues, son igualmente infundadas aquellas teorías que reconocen en la oferta firme una doble declaración: una de oferta, y otra de compromiso de no revocar [la jurisprudencia habla de "renuncia al derecho de revocar": Corte de Casación, sentencia n. 2479, del 19 de agosto de 1950, en "Giurisprudenza italiana", 1951,1,1, col. 730) (13).

La eventual revocación por parte del oferente no constituye violación de un compromiso; es más bien un acto jurídicamente irrelevante, que no impide la celebración del contrato, cuando el destinatario acepte.
La función práctica de la oferta firme es conceder al destinatario un espacio de tiempo determinado para meditar sobre la conveniencia de celebrar el contrato.
Por otro lado, también la eficacia de la oferta firme es temporal: el aFtículo 1329 prevé expresamente, con carácter esencial para esta figura, la fijación de un plazo.

Debe considerarse que la imposición de una plazo expreso a la duración de la oferta no siempre es una razón segura para deducir que ésta ha sido querida como oferta firme.
Algunos autores consideran, además, que la f~ación del plazo pueda ser realizada por el juez, en analogía con lo dispuesto en el artículo 1183(NPI4) [cfr. artículo 1331, segundo párrafo (NPI5)] .
Una ulterior peculiaridad de la oferta firme es la producción de su eficacia incluso después de la muerte y de la sobrevenida incapacidad de obrar del oferente, a menos que la naturaleza del negocio (en los contratos intuitu personae, por ejemplo) u "otras circunstancias" (deducibles, sobre todo, del comportamiento del oferente) descarten tal eficacia.

Otro caso de oferta que, aun sin ser irrevocable de por sí, no pierde eficacia, a causa de la muerte o de la sobrevenida incapacidad (legal)
del oferente, antes de la celebración del contrato, es el que se presenta cuando la oferta proviene de un empresario (con exclusión de los pequeños empresarios) en el ejercicio de su empresa (artículo 1330). Dicha norma se justifica teniendo en cuenta del carácter de continuidad, que asume el ejercicio de la empresa, cuya vida tiende normalmente, a superar las vicisitudes que involucran la persona del titular(14).
En las hipótesis ahora examinadas, de los artículos 1329, segundo párrafo, y 1330, el efecto de la oferta, es decir, la sujeción del oferente al poder de aceptación del destinatario de la oferta -a la que hemos hecho referencia-, se transmite al heredero. La aceptación del destinatario de la oferta puede determinar, por consiguiente, el nacimiento de la relación contractual, directamente frente al heredero del oferente. En la hipótesis del artículo 1330, también puede suceder que el

contrato se perfeccione sólo en la esferajurídica del heredero del aceptan te, cuando éste sea un empresario y haya muerto después de la aceptación, pero antes de la perfección del contrato. Se considera, por razones de coherencia del sistema, que ni siquiera la muerte del destinatario de la oferta, que aún no ha aceptado, impide la celebración del contrato entre el heredero de éste y el oferente, siempre que se trate de oferta firme, o si el difunto era empresario. En este caso, el heredero asume el poder de aceptar la oferta [véase, infm, Cap. IV, n. 2].

Por consiguiente, se produce una sucesión en las relaciones jurídicas en vía de formación, es decir, en los poderes jurídicos para constituidas, y en las correspondientes sujeciones, aun cuando estos, como expresión de la capacidad jurídica del sujeto, están estrechamente vinculados con su persona, y, tal cual se reconoce en la doctrina, no son susceptibles de transferencia (entendida, esta última, como acto traslativo inter vivos, que tiene por objeto un derecho subjetivo) (15).

La sucesión antedicha se enlaza, incluso en las hipótesis examinadas, con la relaciónjurídica, la cual, sin embargo, no es tomada en consideración como relación vigente, sino como relación potencial. El heredero sucede o puede suceder en estas situaciones de antesala, o preliminares, respecto de la constitución de una relación.

Por último, es necesario indicar que para parte de la doctrina más reciente, la duración de la eficacia de la oferta incluso después de la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente, prevista en los
artículos 1329, segundo párrafo y 1330 (esta última hipótesis se refiere también a la aceptación), es desmentida por el principio tradicional según el cual la voluntad de cada una de las partes debería existir al momento en que se forma el

contrato, para hacer posible "la unión de las voluntades" (según la doctrina tradicional, se trataría de una simple excepción al principio).

4. Oferta al público

Hasta este punto, se ha tratado de la oferta como declaración dirigida a persona determinada: pero la oferta también puede dirigirse "al público", es decir, a la pluralidad más o menos amplia e indeterminada de personas, o como suele decirse, "in incertam
persona m". Las dudas que se presentaban bajo el Código Civil
abrogado, en torno a la validez de una oferta a persona indeterminada, son ahora superadas por la expresa regulación legislativa contenida en el artículo 1336(NP16).
Generalmente, se citan como típicos ejemplos de ofertas al público, las ofertas de mercaderías, servicios o espectáculos, realizadas por medio de publicidad en los diarios, avisos, radio, televisión, exposición en vitrinas, en ferias, acompañadas por la indicación del precio, las ofertas de servicios o bienes mediante mecanismos automáticos, entre otros (un sector de la doctrina considera auténticas ofertas al público incluso los avisos de subasta, de licitación y figuras afines).
Como toda oferta contractual, también la oferta al público debe estar completa; tiene que contener, en otras palabras, todos los elementos esenciales del futuro contrato, de manera que la eventual
aceptación de un destinatario pueda, sin más, determinar la celebración del contrato.
A menudo, la oferta al público se exterioriza a través de opera

ciones o comportamientos significativos diferentes de la palabra escrita o verbal: así es como se debe considerar la predisposición de aparatos automáticos de distribución de cosas o servicios.

La oferta al público no debe confundirse con la invitación a ofrecer, a la cual parece hacerse directa referencia en el artículo 1336 cuando prevé que puede descartarse la existencia de una oferta, si "resulta diversamente de las circunstancias". La invitación a ofrecer no determina, en efecto, la sujeción del declarante al poder de aceptación del destinatario de la oferta, sino que está dirigida a solicitar una oferta contractual propiamente dicha por parte de alguno de los sujetos a los cuales está dirigida la invitación; no determina, entonces, aquella modificación jurídica que hemos visto derivarse de la oferta contractual. Esta distinción puede resultar bastante compleja en la práctica. No es, ciertamente, una verdadera oferta la declaración que no contenga todos los elementos esenciales del contrato. Del mismo modo, se considera simple invitación a ofrecer la declaración dirigida a persona indeterminada para promover la celebración de un contrato intuitu personae, en el cual sean relevantes las cualidades personales del contratante (mandato, sociedad de personas, empleo dirigencial): en tal hipótesis, no basta para la celebración del contrato la aceptación del destinatario de la oferta, sino que es necesaria, además, la verificación de las cualidades personales del mismo, por parte del oferente.

Para que la oferta al público pueda conseguir la eficacia que le es propia debe ser hecha conocida a la colectividad o grupo al que está dirigida: desde tal punto de vista, la oferta al público, como toda oferta contractual, se reconoce como declaración recepticia; sin embargo, este atributo no es reconocido por aquellos que consideran el concepto de declara-

ción recepticia como limitado a la declaración al destinatario necesariamente cierto (determinado).

En este caso no es posible, por otro lado, una comunicación personal de la declaración, dada la indeterminación o incertidumbre del destinatario; por lo tanto, el conocimiento de la oferta se realiza, no ya con una notificación individual, sino con un sistema de publicidad (avisos en los diarios, manifiestos, etc.).

En las mismas formas, o en formas equivalentes, debe realizarse la revocación de la oferta (artículo 1336, segundo párrafo): de tal
manera, la revocación deviene oponible incluso frente a quien haya tenido, en concreto, noticia de ella (por consiguiente, no se considera aplicable el artículo 1328, primer párrafo).

La oferta al público puede ser singular o plural, dependiendo de si la oferta hace referencia a un solo objeto o a varios objetos
homogéneos: en el primer caso, la aceptación extingue la oferta; en el segundo, después de toda aceptación, la oferta se mantiene para el resto (las dudas se plantean para la solución del caso de la simultánea aceptación por parte de una pluralidad de sujetos, en la hipótesis de objeto único) (16).

La oferta al público se distingue, en fin, de la promesa pública
(artículo 1989(NPI7". En síntesis, se observa que las dos figuras, a pesar de tener en común la indeterminación del destinatario, se diferencian a todas luces, porque la oferta determina una situación de simple sujeción para el declarante, mientras que la promesa pública vincula al promitente; una tiene una autonomía precaria, por estar destinada a fundirse en el contrato; la otra es autónoma fuente de obligación, y, por consiguiente, negocio jurídico.

(l) G. OSTI, ap. cit., p. 518, afirma que la oferta no produce ningún cambio de derecho; en el mismo sentido, véase F. SANTORO-PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, cit., p. 206.
(2) L. FERRI, Rinunzia e rifiuto nel diritto privato, Milán, 1960, p. 50.
(3) G. Om, ap. cit., p. 515.
(4) Aun cuando la doctrina las confunde a menudo, en especial, la doctrina menos reciente, como observa P. VITUCCI, op. cit., p. 91.
(*) [N. de los P.] Aquí Y en adelante se mantiene el término italiano jattispecie, que vale por "hipótesis de hecho" de la norma, y otras veces, simplemente como "figura", "especie" o "supuesto", en general.
(:-.IPl) [N. de los P.] "Cuarto párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- Cuando el oferente requiere una forma de [A. de los P.] "Artículo 1378 del Código Civil peruano.- No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente".
(5) L. FERRI, &p. ult. cit., p. 50 Y ss.
c'm) (N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- La aceptación debe arribar al oferente dentro del plazo por él establecido o dentro del plazo ordinariamente necesario según la naturaleza de la operación, o según los usos".
(A. de los P.] "Artículo 1375 del Código Civil peruano.- La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él".
(:-<1'3) [N. de los P.] "Artículo 1330 del Código Civil italiano de 1942. Fallecimiento o incapacidad del empresario.-

La oferta o aceptación, cuando es realizada por un empresario en el ejercicio de su actividad, no pierde eficacia si el empresario fallece o deviene incapaz antes de la celebración del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios, o que algo distinto resulte de la naturaleza de la operación o de otras circunstancias".

(;><1'4) (N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1329 del Código Civil italiano de 1942. Oferta irrevocable.- En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente no quita eficacia a la oferta, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias descarten tal eficacia".

(:-<1'5) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1328 del Código Civil italiano de 1942. Revocación de la oferta y de la aceptación.- La oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya celebrado. Sin embargo, si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución, antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato".

(6) F. SANTORo-PASSARELLI, op. cit., p. 207; L. FERRI, op. ult. cit., p. 57.

(7) L. FERRI, loco ult. cit.

(NP6) [N. de los P.] "Artículo 1334 del Código Civil italiano de 1942. t-jicacia de los actos unilaterales.- Los actos unilaterales producen efecto desde el momento en que llegan a conocimiento de la persona a la cual están destinados".

(8) G. MlRABELLI, op. cit., p. 47.

(:-IP7) [N. de los P.] "Artículo 1335 del Código Civil italiano de 1942. Presunción de conocimiento.- La oferta, la aceptación, la revocación de estas, y toda declaración dirigida a una persona determinada se reputan conocidas en el momento que

llegan al domicilio del destinatario, a menos que éste pruebe que, sin culpa, estaba imposibilitado para tener noticia de ella".
[A. de los P.] "Artículo 1382 del Código Civil peruano.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla".
(:-IP8) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1328 del Código Civil italiano de 1942. Revocación de la oferta y de la aceptación.- La aceptación puede ser revocada, siempre que la revocación llegue a conocimiento del oferente antes de la aceptación".
(9) ¡bid., p. 49.
(10) F. MESSINEO, Il contralto in genere, cit., t. 1, p. 308.
(:'-IP9) [N. de los P.] "Artículo 1329 del Código Civil italiano de 1942. Oferta
i1Tevocable.- Si el oferente se ha comprometido a mantener firme la oferta por un
cierto tiempo, la revocación no produce efecto.
En la hipótesis prevista en e! párrafo anterior, la muerte o incapacidad sobre
venida del oferente no quita eficacia a la oferta, salvo que la naturaleza de la opera
ción u otras circunstancias descarten tal eficacia".
(:'-11'10) [N. de los P.] "Cuarto párrafo del artículo 782 de! Código Civil italiano
de 1942. Forma de la donación.- Si la donación se hace a una persona jurídica, el donante no puede revocar su declaración una vez que le ha sido notificada la de manda dirigida a obtener de la autoridad gubernativa la autorización para aceptar.

Transcurrido un año desde la notificación sin que la autorización haya sido concedida, la declaración puede ser revocada". Esta norma ha sido derogada por e! artículo 13 de la Ley de 15 de mayo de 1997, n. 127.

(:'-IPlI) [N. de los P.] "Artículo 1333 de! Código Civil italianq de 1942. Contrato con obligación para el solo oferente.- La oferta dirigida para la celebración de un contrato en e! que sólo se deriven obligaciones para e! oferente es irrevocable desde e!
momento en que llega a conocimiento de la parte a la cual ella está destinada.

El destinatario puede rechazar la oferta dentro del plazo requerido por la naturaleza de la operación o por los usos. En ausencia de dicho rechazo, el contrato se tiene por celebrado".

(:'-IPl2) [N. de los P.] "Artículo 1887 del Código Civil italiano de 1942.lc-jicacia de la propuesta.- La propuesta escrita dirigida al asegurador queda firme por el plazo de quince días o de treinta días cuando ocurre una visita médica. El plazo transcurre
desde la fecha de la entrega o de la expedición de la propuesta".

(:'-IPI3) [N. de los P.] "Artículo 1987 del Código Civil italiano de 1942. Eficacia de las promesas.- La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos por la ley.

[A. de los P.] "Artículo 1957 de! Código Civil peruano.- La promesa unilateral sólo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas".

(11) P. VITUCCI, op. cit., loco cit.

(12) L. FERRI, loco ult. cit.

(13) G. MIRABELLI, op. cit., p. 52, después de exponer la tesis que ve en la oferta firme la suma de dos actos, es decir, de una oferta y de un acto de renuncia a la revocación de la misma, parece negar a esta construcción toda relevancia práctica.

(:-IPI4) [N. de los P.] "Artículo 1183 del Código Civil italiano de 1942. Tiempo del cumPlimiento.- Si no se ha determinado el tiempo en que la prestación se debe cumplir, el acreedor puede exigida inmediatamente. Sin embargo, cuando en virtud de los usos o por la naturaleza de la prestación o bien por el modo o el lugar de la ejecución, sea necesario un plazo, éste en defecto de acuerdo de las partes, se establece por eljuez".

[A. de los P.] En sentido contrario: "Artículo 1240 del Código Civil peruano.Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

(:-IPI5) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1331 del Código Civil italiano de 1942.- Si para la aceptación no se ha fijado un plazo, este puede ser establecido por el juez".

(14) G. OSTI, op. cit., p. 518.

(15) L. FERR!, Successioni in generale (artt. 456-511), 2~. ed., en Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bolonia-Roma, 1980, p. 35 Y ss.

(NPI6) [N. de los P.] "Artículo 1336 del Código Civil italiano de 1942. Oferta al público.- La oferta al público, cuando contiene los extremos esenciales del contrato a cuya celebración está dirigida, vale como oferta, salvo que algo distinto resulte de las circunstancias o de los usos.

La revocación de la oferta, cuando es realizada de la misma forma de la oferta o de forma equivalente, es eficaz incluso frente a quien no hubiere tenido conocimiento de ella".

[A. de los P.] En sentido opuesto: "Artículo 1388 del Código Civil peruano.
La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.
Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal".
Esta norma ha sido modificada tácitamente por el artículo 20 del Decreto Legislativo N° 716 - Ley sobre protección al Consumidor: "La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características,
condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido".

(16) G. MIRABELLI, op. cit., p. 77.
(NPI7) [N. de los P.] "Artículo 1989 del Código Civil italiano de 1942. Promesa al público.- Aquel que, dirigiéndose al público, promete una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación o lleve a cabo una determinada acción,
queda vinculado por la promesa tan pronto como ésta se hace pública.
Si no se pone un plazo a la promesa, o éste no resulta de la misma, el vínculo del promitente cesa cuando dentro del año a contar de la promesa no se haya comunicado la verificación de la situación o el cumplimiento de la acción prevista en la promesa".

[A. de los P.] "Artículo 1959 del Código Civil peruano.- Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública".
"Artículo 1962 del Código Civil peruano.- La promesa pública sin plazo de validez determinado, bien sea por no haberlo fijado el promitente o por no resultar de la naturaleza o finalidad de la promesa, obliga al promitente sólo por el plazo de un año contado a partir del momento en que se hizo pública".

CAPÍTULO IV

La aceptación y la celebración del contrato. El rechazo de la oferta

1. Naturaleza y efectos de la.aceptación

Como se ha señalado anteriormente, la propuesta u oferta contractual no determina el nacimiento de un verdadero derecho para el destinatario; no se convierte, por lo tanto, en un elemento en su patrimonio. El destinatario queda simplemente colocado en condición de ejercer válidamente el poder jurídico de aceptar, el cual lleva al perfeccionamiento del contrato. La oferta, al igual que el llamamiento, tanto en el campo de los actos inter vivos, como en el de la sucesiones mortis causa, no crea derechos o relaciones jurídicas, sino que determina la existencia de los presupuestos para un válido ejercicio del poder de aceptación o de rechazo (este último se concreta en un acto de ejercicio negativo del mismo poder de aceptación) (1).

La aceptación es acto expresivo de un poder, y, por consiguiente un negocio jurídico, aun cuando se trata de un negocio destinado, en la hipótesis específica de aceptación de la oferta contractual, a perder su autonomía, para ser absorbido en un negocio bilateral: el contrato (2) .
Presupuesto necesario para el válido ejercicio de tal poder por parte de un sujeto, es que éste sea destinatario, en general, de una
"comunicación", entendida en sentido amplio, que comprenda también la propuesta u oferta contractual. Ésta, en particular, puede tener por objeto una ventaja, como sucede en la (oferta de) donación, en la oferta de contrato unilateral del cual deriven obligaciones para el solo oferente (piénsese en la oferta de una fianza, de una hipoteca); puede tener por objeto una situación que produce en igual medida ventajas y cargas, como sucede en la oferta de contrato con prestaciones recíprocas.
La eficacia del acto de aceptación es la de llevar al perfeccionamiento de la hipótesis de hecho [fattispecie], la cual se origina a partir de la oferta; a la extinción del procedimiento, que conduce a la celebración del contrato, y a la asunción de la posición jurídica compleja que hace del mismo. En efecto, cuando no existe progresión, procedimiento, sino manifestaciones simultáneas de voluntad, como sucede en la celebración de contrato entre presentes, ni siquiera es posible identificar una aceptación como acto singular.
Dado que se funda en la comunicación, en la oferta, el poder de aceptación podrá ejercerse válidamente mientras ella manifieste sus efectos, y, por lo tanto, dentro del plazo previsto en el artículo 1326, segundo párrafo(NPl) (la oportunidad se determina con referencia, no al momento de la emisión de la aceptación, sino al momento de la recepción de la misma). Del hecho de ser acto expresivo de un poder, por otro

lado, deriva el principio de que el plazo al cual está sometido el acto de aceptación es un plazo de vencimiento, y no de prescripción (3). La Corte de Casación ha establecido, certeramente, que el plazo en mención "constituye" un elemento objetivo para la realización de la hipótesis de hecho [fattispecie] contractual, que escapa a toda razón de suspensión" [sentencia n. 4419, del 10 de diciembre de 1954, en "Giustizia civile", 1955, l, p. 749]. Del mismo modo, el poder de aceptación no podrá ser ejercido válidamente después de la revocación de la oferta, ni de la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente, a menos que se trate de oferta irrevocable (artículo 1329(NP2)) o se configure la hipótesis del artículo 1330(NP3).

Por lo tanto, una aceptación tardía no será idónea para determinar la celebración del contrato, aunque el retardo no se deba a culpa del aceptan te; así se protege el interés del oferente en que no se prolongue excesivamente la espera de la aceptación. Dado que el principio de la oportunidad se ha f~ado para la protección del oferente, se concede a éste la posibilidad de considerar eficaz una aceptación tardía (artículo 1326, tercer párrafo (NP4)) . En la hipótesis examinada, por otro lado, el oferente tiene que dar inmediato aviso al aceptante; sin embargo, no se trata de un deber, sino de una carga. Algunos consideran que la ausencia de dicho aviso impide la celebración del contrato; otros sostienen que el oferente queda obligado al resarcimiento de los daños, pero que el contrato se ha celebrado de todos modos. El momento de la perfección del contrato coincide, a nuestro parecer, y según el principio general, con el momento en el cual la aceptación llega al oferente; por lo tanto, consideramos correcta la segunda solución.

Al igual que la oferta, la aceptación debe revestir la forma (ad substantiam), prescrita por la ley o por la voluntad de las

partes, para el contrato que se pretende celebrar: por otro lado, si no existe dicha prescripción, el oferente puede requerir una forma determinada para la aceptación (artículo 1326, quinto párrafo(NP5)), con la consecuencia de que la aceptación no tiene efecto si es formulada de forma diferente. En tal hipótesis, la determinación de la forma depende del oferente, y protege su interés, de manera que él puede renunciar a ella, y considerar de todos modos celebrado el contrato (cfr. también el artículo 1352(NP6)).
En toda otra hipótesis la aceptación podrá efectuarse de cualquier forma, y al resolverse en un acto de adhesión, en un "sí", podrárealizarse con un mínimo de actividad expresiva. Bastante frecuente, en los contratos de escaso contenido económico, es la denominada "aceptación tácita", que se presenta cuando falta una declaración directa y explícita de voluntad, y ésta se manifiesta, más bien, y solamente, de manera implícita o indirecta, a través de un comportamiento concluyente, que no tiene por propósito o función hacer conocer una voluntad, sino que permite, según la común experiencia, una deducción respecto a la voluntad de quien la haya adoptado (cfr. artículo 1327, primer párrafo(NP7)) (4).
La aceptación tácita se diferencia del silencio del destinatario de la oferta: en un caso, tenemos un comportamiento positivo,
unívoco y concluyente; en el otro caso, inercia, comportamiento meramente omisivo, de por sí equívoco. Por lo tanto, no se puede considerar, como regla, que el silencio equivalga a la aceptación tácita, porque el destinatario de la oferta no está obligado a responder al oferente, ni siquiera cuando éste alegue que, en ausencia de respuesta, el contrato tiene que considerarse celebrado.
En determinadas circunstancias, el silencio puede valer como aceptación, cuando tal significado le es atribuido por la ley

(ejemplo: artículo 1333(NP8)), por las partes (ejemplo: cláusula de prórroga tácita) o por los usos.

Otro principio que fluye de la naturaleza misma del acto de aceptación es su carácter de acto de adhesión, motivo por el cual, la aceptación debe ser conforme a la oferta. Si la primera fuera parcial, condicionada o si modificara los términos, de la oferta, no podría valer como aceptación. En el campo de las adquisiciones mortis causa también vale el mismo principio: la ley, en efecto, declara nula tanto la declaración de aceptar la herencia bajo condición o con plazo, como la de aceptar parcialmente una herencia (artículo 475, segundo y tercer párrafos(NP9)). La correspondencia entre oferta, por un lado, y aceptación, por el otro, siempre debe ser completa; en caso contrario, la aceptación no es tal. El principio es fuado, en materia de contratos, en el artículo 1326, último párrafo(NPlO), donde se establece que la aceptación no conforme a la oferta no es aceptación, sino nueva oferta, con la consecuencia de que el contrato se celebrará cuando y donde llegue a conocimiento del que era destinatario de la primera oferta, la aceptación del oferente original. Una aceptación no conforme a la oferta implica, por lo tanto, un rechazo unido a nueva oferta; las partes se invierten, yel oferente original se convierte en destinatario de la nueva oferta.

2. Caducidad y revocación de la aceptación

La aceptación, como la oferta, es un acto recepticio: adquiere eficacia (se "perfecciona", según algunos autores) una vez que llega a conocimiento del oferente.
En el contrato entre personas ausentes, es posible que la aceptación no genere sus efectos por actos o hechos que se

producen luego de la emisión de la declaración, y antes de la recepción de la misma por parte del destinatario.

En primer lugar, la aceptación puede ser revocada antes de la celebración del contrato (artículo 1328, segundo párrafo(NPll)). También la revocación de la aceptación es acto recepticio, y no sólo debe estar dirigida al destinatario (como la revocación de la oferta), sino que debe ser recibida por éste. Para poder operar, por lo tanto, la declaración de revocación de la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente, antes de que llegue la declaración de aceptación, es decir, antes de que el contrato se haya perfeccionado. Para tal efecto, será de aplicación el artículo 1335, del que trataremos en el siguiente acápite [núm. 3].

Son hechos que impiden la eficacia (o perfeccionamiento) de la aceptación la muerte o incapacidad sobrevenida del aceptante,
cuando tengan lugar con anterioridad a la recepción de la declara
ción de aceptación por parte del oferente, es decir, cuando sean precedentes a la celebración del contrato (ello, conforme a lo señalado en el artículo 1330).

Según dispone el artículo 1330, la muerte o incapacidad sobrevenida no impiden la eficacia de la aceptación realizada por el empresario en el ejercicio de su actividad empresarial, a menos que se trate de un pequeño empresario, o que algo distinto resulte de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias [al respecto, nos remitimos a lo que ya hemos indicado en el acápite núm. 4 del capítulo anterior].

En particular, se pretende deducir de los artículos 1329 y 1330 la transmisibilidad, aunque sea con carácter excepcional, de la oferta, por el lado pasivo, es decir, por el lado del destinatario. En realidad, los dos artículos citados no resuelven dicho problema. En el primero de ellos se regula la oferta

irrevocable, y en su formulación literal nada nos dice acerca del destino de la oferta en el caso de muerte del destinatario de ésta, una hipótesis que no se prevé en él. El segundo artículo citado tampoco parece prever la muerte del destinatario de la oferia, y guarda silencio con respecto a la suerte de la oferta en este supuesto.

Lo que sí se prevé es la muerte del destinatario de la oferta después de la emisión de la declaración de aceptación, pero no la del destinatario que aún no haya aceptado ni rechazado.

Por consiguiente, el legislador no resuelve explícitamente el problema. Si, no obstante, se debe admitir que en las hipótesis antes referidas hay transmisión de la oferta en el lado pasivo, ello se debe, como se dice, sólo a una exigencia de coherencia y simetría del sistema, de la cual no debe prescindir el intérprete. Viene al caso indicar, al respecto, que dicha transmisibilidad se debe descartar cuando se trata de ofertas "intuitu personae', como sucede siempre, por ejemplo, en la oferta de donación (5).

Empero, no se debe hablar de transmisión, propiamente dicha,
de la oferta, sino de sucesión en la oferta (6). La oferta no deviene un elemento del patrimonio del destinatario, del cual éste pueda disponer; y el llamado "derecho de aceptar", que es, en realidad, un poder, tampoco puede ser separado de la persona de su titular ni ser atribuido a otro sujeto, porque se trata de una manifestación de su capacidad jurídica.

Si se admite que, en ciertos casos, los herederos del destinatario de la oferta pueden aceptarla en lugar de él, es porque la sucesión a título universal -que hoy opera, por lo demás, no ya con el concepto de transmisión de bienes, sino con el de sustitución de un nuevo sujeto en lugar del extinto- puede, en virtud de este mecanismo, tener relevancia más allá del cam-

po de las relaciones patrimoniales ya constituidas, en el ámbito de los poderes y en el ámbito mismo de las situaciones subjetivas o personales (piénsese en la sucesión en la buena o mala fe de una situación posesoria).

3. Celebración del contrato

Cuando la aceptación se realiza en presencia del oferente, la celebración del contrato es instantánea, por existir contextualidad entre la declaración de aceptación y el conocimiento del mismo por parte del oferente. Empero, en el contrato entre personas distantes, media un intervalo de tiempo entre el momento de la emisión de la declaración de aceptación y su conocimiento por parte del oferente: nace, en tal hipótesis, el problema del perfeccionamiento del contrato, es decir, del momento de su celebración, que se identifica con el problema de la eficacia o perfección de la aceptación, como declaración recepticia.

Abstractamente, son posibles varias soluciones, y de hecho, se han propuesto concretamente: así, la celebración del contrato ha sido identificada en el momento de la declaración (emisión) de la aceptación (teoría de la emisión), o en el momento de la transmisión (o expedición) de la aceptación al oferente, por parte del aceptante (teoría de la expedición), o en el momento de la llegada (recepción) de la declaración de aceptación (teoría de la recepción) o bien, finalmente, en el momento del conocimiento de la declaración de aceptación por parte del oferente (teoría del conocimiento).

En principio, nuestro Código Civil parece acoger la teoría del conocimiento, al establecerse en el artículo 1326, primer párrafo (NP12) , que el contrato se celebra en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Pero dados los inconvenientes que presenta dicho sistema, en tanto

permitiría, entre otras cosas, que el oferente retarde la celebración del contrato, omitiendo tomar conocimiento del documento enviado, e implicaría, además, graves dificultades para individualizar el momento de la celebración del contrato, se le ha tenido que moderar, y, según algunos, modificar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1335(NP13), donde se señala que la aceptación se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del oferente: la dirección no coincide necesariamente con el domicilio o la residencia del oferente, porque éste puede indicar un lugar diferente hacia donde dirigir la aceptación.

La mayoría sostiene que la norma establece una presunción relativa de conocimiento, según la cual, correspondería al destinatario probar que él no ha conocido la declaración llegada a su dirección, o que la ha conocido en un momento distinto del momento en que la ha recibido. Tal prueba sería irrelevante si el destinatario se encuentra, por su propia culpa, en la imposibilidad de tener noticia de la declaración llegada a él. Sin embargo, se ha afirmado recientemente que la norma equipararía la conocibilidad, hecha posible desde la llegada de la declaración a la dirección del oferente, con el conocimiento, y que, con ello, establecería la equivalenciajurídica entre un hecho (llegada a la dirección) y otro (conocimiento) (7).

En el sistema del artículo 1335 operaría, por lo tanto, una presunción, pero esta tendría por objeto, únicamente, el conocimiento de la declaración (que se asume alcanzada con su llegada a la dirección), y el destinatario sólo podría contestar, con la prueba contraria, la existencia en concreto de tal presupuesto (por ejemplo: una carta que queda oculta bajo el tapete del umbral de ingreso). La prueba contraria, que se permite al destinatario, consistiría, no en la ignorancia de la declaración, si no en el hecho de que, en el caso concreto,

está ausente, sin culpa de su parte, aquella objetiva posibilidad de conocer, que la ley reputa normal con la llegada de la declaración. Así, se habría abandonado el principio del conocimiento, y se habría acogido, en lo sustancial, el criterio de la recepción (8) .

4. Celebración del contrato mediante el inicio de su ejecución

La regla antes analizada, en virtud de la cual la celebración del contrato se produce con la recepción de la aceptación por parte del oferente, es objeto de algunas excepciones, las cuales, por lo demás, tienen que considerarse taxativas.
Para perfeccionar el contrato, a veces puede ser suficiente el inicio de la ejecución del contrato mismo, por parte del destinatario de la oferta: así ocurre en ciertas hipótesis expresamente previstas por la ley (artículo 1327(NP14)), y, para ser precisos, cuando la ejecución inmediata sea requerida por el oferente, o cuando ella sea necesaria por la naturaleza del negocio o esté prevista por los usos. En tales hipótesis, el contrato es celebrado cuando ha tenido inicio la ejecución (no bastaría un simple acto de preparación), siempre que la misma sea oportuna. Pero, por otro lado, se debe dar aviso del, inicio de la ejecución a la otra parte: el aviso no incide en la celebración del contrato, la cual se produce aun cuando el aviso sea omitido; en este último caso, sin embargo, quien ha dado ejecución al contrato puede quedar obligado al resarcimiento de los daños que derivan, para el oferente, como consecuencia de la omisión.
Se protege, de esta forma, el interés del oferente en tener pronta noticia de la realización de la celebración del contrato.

En el supuesto estudiado, por consiguiente, no sólo el contrato se celebra sin que sea comunicada al oferente la declara-

ción de aceptación, que ésta se encuentra ausente, y es sustituida por un comportamiento concluyente.
En la hipótesis examinada, experimentan sensibles modificaciones los principios de la revocación de la oferta y de la aceptación: el oferente, en efecto, ya no puede revocar la oferta cuando la otra parte ha dado inicio a la ejecución, aun cuando ignora esta circunstancia (diversamente, en la hipótesis del artículo 1328, primer párrafo(NP15)); igualmente, no puede haber revocación de la aceptación por obra de la parte que ha dado inicio a la ejecución, en tanto el contrato ya se ha celebrado (en dicho caso, existe, ante todo, una imposibilidad lógica de revocar, de reducir a la nada un comportamiento) (9).

5. Celebración del contrato con obligaciones para el solo oferente

La declaración de aceptación no es necesaria para la celebración del contrato, cuando de éste derivan obligaciones para el solo oferente: en esta hipótesis, mientras que la oferta es declarada irrevocable no bien llega a conocimiento de su destinatario, el contrato se considera celebrado si el destinatario de la oferta no rechaza la oferta en el plazo requerido por la naturaleza del negocio o por los usos (artículo 1333).

Esta peculiar regulación se justifica atendiendo al hecho de que del contrato derivan ventajas solamente para el destimitario de la oferta.
Según algunos autores, los efectos derivarían, en este caso, de la sola oferta, y no del consentimiento; se tendría, en lo sustancial, no un contrato, sino un negocio unilateral (10).
Ocurre, sin embargo, que la celebración del negocio se verifica con la recepción de la oferta,- pero sólo en tanto y en cuanto, no

habiendo el destinatario de la oferta realizado un acto de rechazo, la oferta se presume aceptada. Como se ha observado, si se tratara de un negocio unilateral, serían irrelevantes la incapacidad legal o natural del destinatario de la oferta, así como los vicios de la voluntad (11).
Por otra parte, dado que el rechazo es manifestación negativa del poder de aceptar, no existe duda de que tal poder podría ser ejercido positivamente con la aceptación, la cual no sería, ciertamente, un acto supérfluo.

La aceptación, justamente, tendría como efecto hacer irrelevante una sucesiva manifestación negativa del poder mismo, es decir, un acto de rechazo(12). Probablemente, hay que considerar que la ley, en la hipótesis examinada, atribuye al silencio el alcance y el valor de una manifestación positiva de voluntad (13).
El contrato debe considerarse celebrado en el momento de la recepción de la oferta(14). Por consiguiente, no puede hablarse, con propiedad, de oferta firme o irrevocable, a pesar de la letra de la norma, porque al tenerse que considerar el contrato como celebrado, en ausencia de prueba en contrario, en el momento de la recepción de la oferta, ésta no es jamás, en ningún momento, una oferta firme. Si ésta no puede ser revocada es porque el contrato se considera ya celebrado, y no por una irrevocabilidad de la oferta considerada en sí misma. Esta hipótesis podría ser acercada a la de contrato sometido a condición resolutoria, meramente potestativa para el destinatario de la oferta.

Como se ha destacado, la norma examinada hace referencia a la celebración de contrato con obligaciones a cargo del solo oferente (por ello no es aplicable, obviamente, cuando, a pesar de presentarse una oferta de contrato unilateral, la

obligación esté destinada a surgir a cargo del destinatario de la oferta). Sin embargo, la norma no es aplicable en materia de donación. La (oferta de) donación es, en efecto, revocable, antes de que el contrato se perfeccione (artículo 782, tercer párrafo; cfr., empero, en el cuarto párrafo(NP16), la diversa regulación prevista para las donaciones a personas jurídicas) ; en cambio, para la celebración del contrato es necesaria la aceptación del donatario en forma de acto público, y su notificación al donante, cuando la aceptación no se realice contextualmente con la declaración de éste (artículo 782, ségundo párrafo(NP17)).

6. Relevancia jurídica del lugar y del tiempo de la celebración del contrato

Particular importancia asume la determinación del lugar y del tiempo de celebración del contrato.

El lugar tiene relevancia, entre otras cosas, para efectos de determinar la ley aplicable, en dependencia de los límites de eficacia de las normas en el espacio (cfr. artículo 25, primer párrafo, de las disposiciones preliminares del Código Civil (NP18)); para la aplicación del artículo 4 del Código Procesal Civil, relativo a la jurisdicción respecto al extranjero; para la identificación de la competencia facultativa para las causas relativas a los derechos de obligación que nacen del contrato (artículo 20 del Código Procesal Civil); Y finalmente, para efectos de determinar la práctica interpretativa que debe tenerse presente (artículo 1368, primer párrafo, del Código CivillNP19)).

El tiempo de celebración del contrato es relevante, como se ha visto, porque señala el momento a partir del cual la oferta o la aceptación ya no pueden ser revocadas. Además, la muerte o la sobrevenida incapacidad del oferente o del acep-

tante incidirán en la eficacia de la oferta o de la aceptación sólo si se producen antes de tal momento. Las normas aplicables al contrato, en caso de sobrevenidas modificaciones legislativas serán las vigentes al tiempo de la celebración; y por regla, para determinar el transcurso de los efectos del contrato, se tendrá también en cuenta aquel momento.
La determinación del lugar de celebración del contrato puede presentar una dificultad sólo en la hipótesis del contrato entre personas ausentes: lugar de celebración es, por regla, aquel donde la aceptación llega a la dirección del oferente, en virtud de la presunción del artículo 1335, y cuando tal presunción no puede operar, es el lugar, eventualmente distinto, en el que el oferente tiene noticia de la información.
Sin embargo, no faltan excepciones: así, en la hipótesis del artículo 1327, el contrato se celebra en el lugar y en el momento en que tiene inicio la ejecución; en la hipótesis del artículo 1333, el contrato se celebra en el lugar donde el destinatario de la oferta tiene conocimiento de la oferta, mientras que para la determinación del tiempo se discute si éste coincide con el momento de recepción de la oferta, o si se difiere, en cambio, hasta el vencimiento del plazo dentro del cual el destinatario puede rechazar. Nos adherimos, como se ha dicho, a la primera opinión.
Particulares problemas surgen, además, cuando los contratan tes, pese a encontrarse en localidade~ diferentes, se comunican por medio del teléfono. Según la doctrina y jurisprudencia imperantes, en tal hipótesis es necesario efectuar una distinción: si se tiene en cuenta el tiempo, el contrato debe ser encuadrado entre los celebrados entre presentes, porque se forma instantáneamente; si se tiene en cuenta el lugar, debe considerarse celebrado entre personas ausentes,
que se hallan en localidades diversas, de donde surge la necesidad de identificar quién es el oferente y quién es el

aceptante, porque será de la parte del primero donde tendrá lugar la celebración del contrato.
Cuando la aceptación es comunicada por medio de telegrama, existe la costumbre de enviar una carta de confirmación, la cual, a menudo, es prescrita por los usos comerciales. La carta de confirmación sirve para remediar eventuales errores, producidos en la transmisión telegráfica, así como para documentar mejor la celebración del contrato a través de una declaración firmada por el aceptante.
Como regla, el contrato debe considerarse celebrado con la recep
ción del telegrama, y la carta tiene una simple función de reproduc
ción y confirmación, a menos que los usos dispongan algo distinto, o que resulten reservas, según el tenor de la declaración contenida en el telegrama, en lo relativo a la determinación de algún elemento del contrato; reservas que no deben considerarse implícitas en el hecho de que el telegrama contenga, sencillamente, la expresión "se acompaña carta".

7. Rechazo de la oferta

La oferta contractual pone al destinatario de la oferta en la con
dición de ejercer válidamente el poder de aceptar. Sin embargo, el
destinatario de la oferta puede no ejercer tal poder, es decir, abstenerse de ejercerlo, y puede, del mismo modo, eje[cerlo negativamente, a través del rechazo.
Por lo tanto, el rechazo constituye manifestación (negativa) de
aquel poder que, ejercido positivamente, se expresa en la aceptación.

Su principal efecto jurídico es el de dejar sin efecto la oferta o la propuesta, es decir, eliminar aquella particular situación jurídica enlazada con la oferta. Sea que se trate de oferta revocable o irrevocable, el acto de rechazo cobra relevancia jurídica, precisamente, porque extingue la situación jurídica que nace de ellas. De tal rechazo
dependerá, por ejemplo, la inutilidad de una aceptación posterior, que se considerará realizada cuando la oferta ya no exista. La Corte de Casación ha puesto en evidencia que el rechazo, acto con el cual el destinatario de la oferta "hace de conocimiento del oferente su voluntad contraria", deja sin efecto incluso la oferta firme, antes del vencimiehto del plazo de validez establecido en ella [sentencias n. 576, del 22 de febrero de 1958, en "Giurisprudenza italiana: Massimario", 1958, col. 122; y n. 369, delll de marzo de 1948, en la misma revista,1948, col. 77)(15).

El rechazo se diferencia de la renuncia, a pesar de que, a menudo, los dos términos son usados sin cuidado e impropiamente, incluso por parte del legislador. Efecto esencial de la renuncia es la extinción de un derecho del renunciante: efecto que, como bien se ha dicho, se consume y agota en la esfera del declarante. Las consecuencias eventuales para los terceros son reflejas y mediatas. De aquí la naturaleza no recepticia de la renuncia. El rechazo, por el contrario, se orienta siempre hacia una esfera diferente de la del declarante. Es una dirección, y un movimiento, de naturaleza inversa la de la oferta o propuesta, que el rechazo tiende, precisamente, a dejar sin efecto. Puesto que la aceptación y el rechazo son manifestaciones de un mismo poder, es lógico que ambos participen de la naturaleza de actos con eficacia esencialmente transitiva. El rechazo va a afectar, además de la esfera del

sujeto que rechaza, la esfera del sujeto oferente o proponente. Está en S1:1 misma esencia o causa jurídica su aptitud para incidir en la esfera de otro sujeto(16).
Por este carácter transitivo e intersubjetivo, el rechazo tiene, como regla, un carácter recepticio: el rechazo de la oferta contractual es, en efecto, un acto recepticio, al igual que la aceptación (no ocurre lo mismo con el rechazo, impropiamente llamado "renuncia", de la herencia).
Pese a ser actos de carácter opuesto, la aceptación y el rechazo están indudablemente regulados por algunos principios comunes. Ante todo, ambos son actos expresivos de un poder, y, por ello, negocios jurídicos. Además, el rechazo, al igual que la aceptación, es un acto que no tolera condiciones u otras causas limitativas, es decir, "actus legitimus". El rechazo, por otro lado, a diferencia de la aceptación de la oferta contractual -que queda absorbida en un complejo negocio jurídico: el contrato-, conserva siempre su naturaleza de acto jurídico autónomo (17) .
De la naturaleza de acto expresivo de un poder deriva, según cuanto ya se ha anotado respecto de la aceptación, que los plazos
dentro de los cuales debe realizarse el rechazo tienen la naturaleza de plazos de vencimiento, con la consiguiente inaplicabilidad de las causas de suspensión o interrupción. Por consiguiente, son plazos de vencimiento, tanto el establecido en el artículo 1333, segundo párrafo del Código Civil, para el rechazo de la oferta en el contrato unilateral, cuanto el previsto en el artículo 1236(NP2O) para el rechazo de la remisión, y también el previsto en el artículo 2499, segundo párrafo(NP21), para el rechazo de adhesión a la transformación de la sociedad. Se considera, además, que el plazo de vencimiento, que vale para la aceptación, debe entenderse de todos modos aplicable al rechazo (inversamente, el plazo estableci-

do para el rechazo podría valer para la aceptación). Un rechazo que se produjera cuando ya no sea posible la aceptación, sería un acto del todo inútil, del mismo modo que sería inútil una aceptación, cuando el rechazo ya no fuera posible.
Además, el rechazo, al igual que la aceptación, presupone la existencia de una oferta, de una propuesta, de una comunicación, de la cual es, en cierto sentido, dependiente. Se podría afirmar que la aceptación y el rechazo son declaraciones emitidas atendiendo a una declaración precedente de otro sujeto, o a un llamamiento fundado en la ley. Pero la aceptación se combina, más o menos íntimamente, con la comunicación, y determina la realización de uni hipótesis de hecho [fattispecie] de formación sucesiva (en el contrato tenemos, más aun, la fusión de los dos elementos en un único negocio) ; en cambio, el rechazo tiene autonomía propia, incluso desde el punto de vista de la eficacia: el rechazo deja sin efecto la oferta, la propuesta, la comunicación. Se trata de un verdadero efecto jurídico del rechazo, el cual incide, eliminándola, en la nueva situación jurídica creada por la oferta.
Sería del todo incoherente y contradictorio pretender aceptar una oferta, después de haberla rechazado.
El acto del rechazo puede ser realizado por el mismo sujeto que tiene el poder de aceptar. La capacidad de obrar, en lo referente al rechazo, también es, pensamos nosotros, la requerida para aceptar o, más en general, para celebrar el contrato. En virtud del artículo 1324(NP22), que extiende las normas que regulan los, contratos a los actos unilaterales inter vivos de contenido patrimonial, debe considerarse aplicable al acto de rechazo el artículo 1425(NP23>, que establece la anulabilidad del contrato cuando una de las partes era legalmente incapaz de contratar.

En cuanto a la forma, se duda si la forma prescrita para la aceptación de la oferta, es decir, para la celebración del contrato, debe aplicarse también al rechazo.
La Corte Suprema [sentencia casatoria n. 725, del 28 de febrero de 1957, en "Giustizia civile", 1957,1, p. 1296] ha establecido el
principio de la libertad de forma para la declaración de revocación
de una oferta de contrato solemne: la Corte observa, entre otras casas, que la forma es prescrita por la ley (en los distintos casos) para celebrar el contrato, y no para determinarse en sentido contrario a la celebración. Este discurso se puede aplicar, pensamos nosotros, al acto de rechazo, que es, precisamente, una manifestación de voluntad en sentido contrario a la celebración del contrato.
Por lo tanto, únicamente se requiere que la declaración de rechazo sea seria, unívoca; no importa si es realizada verbalmente o
por escrito. Se agrega, del mismo modo, que el rechazo podría ser
no-declarado, y resultar, más bien, de actos concluyentes. Dado que en virtud del artículo 1327 el inicio de la ejecución de la oferta constituye una válida manifestación de la voluntad de aceptar, se considera, del mismo modo, que constituye un rechazo válido devolver los libros expedidos por un librero, con el fin de ofrecerlos en venta. En el comportamiento del que devuelve los libros, no puede dejarse de apreciar una manifestación de la voluntad de rechazar. Naturalmente, el rechazo no podrá ser tácito en ninguno de los casos en que la ley prescriba la manifestación expresa (véase, por ejemplo, el artículo 2499, segundo párrafo).
Estas formas de manifestación de la voluntad de rechazar, que se basan en un comportamiento no-declarativo, pero que

también son, de todos modos, directa e inmediata exteriorización u objetivación de la voluntad, deben ser distinguidas de las manifestaciones indirectas en las cuales el comportamiento no-declarativo o la declaración valgan para exteriorizar con carácter inmediato y directo una voluntad diferente de la de rechazar; una voluntad a partir de la cual se deduce, por razones de lógica y de coherencia, una voluntad ulterior: la de rechazar. Esta forma de manifestación indirecta, como se ha recordado en este punto, puede ser declarativa, o bien expresarse a través de un comportamiento no-declarativo. De la primera hipótesis tenemos un ejemplo en el artículo 1326, quinto párrafo, según el cual, la aceptación que no sea conforme a la oferta equivale a nueva oferta: aquí debe considerarse que la nueva oferta implica (voluntad manifestada indirectamente) una rechazo de la oferta original.

Lo anterior se señalaba explícitamente en el artículo 36, cuarto párrafo, del Código de Comercio abrogado, pero hoy también pue
de ser válido, porque en el comportamiento de quien recibe una
oferta, y la acepta, pero modificándola, se debe considerar implícita la voluntad, no sólo de efectuar una nueva oferta, sino también la de rechazar la oferta original [en tal sentido, Corte de Casación, sentencia, n. 576, del 22 de febrero de 1958, en "Giurisprudenza italiana: Massimario", col. 122).
La doctrina y la jurisprudencia admiten que en algunas hipótesis el silencio puede tener el valor de manifestación de voluntad. Sin embargo, es común ver en el silencio, cuando se le considera operante, una manifestación de consentimiento (en el artículo 1333, por ejemplo). En particular, no constituye acto de rechazo el silencio del destinatario de la oferta, prorrogable por todo el plazo fijado para la aceptación de la

oferta: en tal hipótesis, deja de tener efecto la oferta, y la aceptación deja de ser posible, no ya porque haya existido un rechazo (manifestación negativa del poder de aceptar), sino porque no hay ninguna manifestación dentro del plazo de vencimiento f~ado, al efecto, para el ejercicio del poder de aceptación.

Antes hemos señalado que el rechazo de una oferta contractual tiene siempre carácter recepticio. Tal rechazo tiene un destinatario: el oferente. Sus efectos se producen en el momento en que llega a conocimiento de la persona a la cual está destinado, según cuanto se dispone en el artículo 1334(NP24). Un rechazo que no estuviese dirigido al oferente no podría tener ningún efecto jurídico.

También se considera aplicable al rechazo la presunción ~sta blecida en el artículo 1335, según cuyo tenor, las declaraciones allí
nominadas se reputan conocidas en el momento en que el destinatario tiene noticia de ellas. La norma se refiere expresamente a la oferta, a la aceptación, a la revocación de ambas, y a toda otra declaración dirigida a una determinada persona; por dicho motivo, no puede dejar de comprenderse también el rechazo de la oferta contractual.

El problema del carácter recepticio del rechazo se vincula con el de su revocabilidad. Si el rechazo es un acto recepticio, como lo es el rechazo de una oferta contractual, se debe considerar posible su revocación, a condición de que ésta llegue a conocimiento del oferente antes del rechazo en sí mismo. Esta es una aplicación del principio según el cual una declaración de voluntad destinada a persona determinada no produce efecto sino hasta cuando llega a conocimiento de la persona (artículo 1334). Análogamente, el rechazo de (una oferta de) donación puede ser revocado mientras no haya llegado a conocimiento del donante (en cambio, es irrevoca-

ble el rechazo que no tenga carácter recepticio: el rechazo del legado, por ejemplo. Una excepción al respecto es la disposición del artículo 525) (NP25), donde se admite la revocación del rechazo de la herencia, que tampoco tiene carácter recepticio).
Todas las premisas expuestas, y, sobre todo, la clara distinción establecida entre renuncia y rechazo, conducen, unívocamente, a descartar la revocabilidad, por parte de los acreedores, del acto de rechazo efectuado por el deudor de estos. El rechazo no implica ninguna cesación de derechos: como consecuencia del rechazo no se produce ninguna disminución del patrimonio del que rechaza; con el acto de rechazo, el deudor no dispone de su propio patrimonio, como se exige en el artículo 2901, primer párrafo (NP26) , para que pueda proceder la acción revocatoria.

Hay que añadir que la doctrina también excluye a los acreedores del ejercicio, en vía subrogatoria, del poder de aceptación; poder que el deudor no tenga interés en ejercer.

Siempre se ha considerado que los acreedores no pueden sustituir al deudor para aceptar una oferta contractual o una donación (para la aceptación de la herencia véase, sin embargo, el artículo 524(NP27). La razón de la exclusión de la subrogatoria para las "facultades" de adquisición de un derecho consiste en la ausencia de un derecho subjetivo que ya tenga existencia como bien económico del patrimonio del deudor, y que la subrogatoria tendría la tarea de "transformar en un posible objeto de ejecución forzada"(18).
Se observa, con carácter del todo incidental, que hoy este último principio ha sido derogado (al menos en lo concerniente a la aceptación de las donaciones) por el artículo 35 de la Ley de quiebras, en virtud del cual se permite al curador

aceptar, con la autorización del juez, las herencias y las donaciones que se ofrezcan al quebrado(l9) .

---

(1) L. FERR!, Rinunzia e rifiuto nel diritto privato, cit., 1960, p. 41 Y ss.
(2) ¡bid., p. 62 Y ss.
(NPI) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- La aceptación debe arribar al oferente dentro del plazo por él establecido o dentro del plazo ordinariamente necesario según la naturaleza de la operación, o según los usos".
[A. de los P.] "Artículo 1375 del Código Civil peruano.- La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él".
(3) ¡bid., p. 59 Y ss.
(="1'2) [N. de los P.] "Artículo 1329 del Código Civil italiano de 1942. Oferta irrevocable.- Si el oferente se ha comprometido a mantener firme la oferta por un cierto tiempo, la revocación no produce efecto.
En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente no quita eficacia a la oferta, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias descarten tal eficacia".
(="1'3) [N. de los P.] "Artículo 1330 del Código Civil italiano de 1942. Fallecimiento o incapacidad del empresario.- La oferta o aceptación, cuando es realizada por un empresario en el ejercicio de su actividad, no pierde eficacia si el empresario fallece o deviene incapaz antes de la celebración del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios, o que algo distinto resulte de la naturaleza de la operación o de otras circunstancias".

(="1'4) [N. de los P.] "Tercer párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- El oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía, siempre que dé inmediato aviso a la otra parte".
[A. de los P] "Segundo párrafo del artículo 1376 del Código Civil peruano.Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante".
(NP5) [N. de los P.] "Quinto párrafo de! artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- Una aceptación no conforme a la oferta equivale a una nueva oferta".
[A. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1376 del Código Civil peruano.- La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta" .
(:-JP6) [N. de los P.] "Artículo 1352 del Código Civil italiano de 1942. Formas convencionales.- Si las partes han convenido por escrito que adoptarán una determinada forma para la celebración futura de un contrato, se presume que la forma se establece para la validez del mismo"
[A. de los P.] "Artículo 1411 del Código Civil peruano.- Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad".
(:-JP7) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1327 del Código Civil italiano de 1942. A)ecución antes de la respuesta del aceptante.- Cuando a pedido del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se tiene por celebrado en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución".

[A. de los P.] "Artículo 1380 del Código Civil peruano.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en e! momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar
aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios".
(4) E. BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, 2~. ed., en Trattato di diritto civile italiano diretto da Filippo Vassalli, vol. XV, t. n, Turín, 1950, p. 136.
(NP8) [N. de los P.] "Artículo 1333 del Código Civil italiano de 1942. Contrato con obligación para el solo oferente.- La oferta dirigida para la celebración de un contrato en el que sólo se deriven obligaciones para el oferente es irrevocable desde el momento en que llega a conocimiento de la parte a la cual ella está destinada.
El destinatario puede rechazar la oferta dentro del plazo requerido por la naturaleza de la operación o por los usos. En ausencia de dicho rechazo, el contrato se tiene por celebrado".
(:\P9) [N. de los P.] "Segundo y tercer párrafo del artículo 475 del Código Civil italiano de 1942. Aceptación expresa.- Es nula la declaración de aceptar bajo condición o a plazo.
Igualmente es nula la declaración de aceptación parcial de la herencia".
[A. de los P.] "Artículo 677 del Código Civil peruano.- La aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambos son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión" .

(:O¡PIO) [N. de los P.] "Quinto párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- Una aceptación no conforme a la oferta equivale a una nueva oferta".
(:O¡PIl) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1328 del Código Civil italiano de 1942. Revocación de la oferta y de la aceptación.- La aceptación puede ser revocada, siempre que la revocación llegue a conocimiento del oferente antes de la aceptación".
(5) L. FERRI, op. ult. cit., p. 50 Y ss.
(6) L. FERRI, Successioni in generale (artt. 456-511), cit., p. 35 Y ss.
(:-¡PI2) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Celebración del contrato.- El contrato queda celebrado en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte".
[A. de los P.] "Artículo 1373 del Código Civil peruano.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente".
(WI3) [N. de los P.] "Artículo 1335 del Código Civil italiano de 1942. Presunción de conocimiento.- La oferta, la aceptación, la revocación de estas, y toda declaración dirigida a una persona determinada se reputan conocidas en el momento que llegan al domicilio del destinatario, a menos que éste pruebe que, sin culpa, estaba imposibilitado para tener noticia de ella".
[A. de los P.] "Artículo 1382 del Código Civil peruano.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla".

(7) A. RAVAZZONI, La formazione del contratto, cit., p. 32l. (8) ¡bid., loco cit.
(NP14) [N. de los P.] "Artículo 1327 del Código Civil italiano de 1942. Ejecución
antes de la respuesta del aceptante.- Cuando a pedido del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se tiene por celebrado en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución.
El aceptante debe dar pronto aviso a la otra parte de la ejecución iniciada, y en caso de omisión, está obligado al resarcimiento del daño".
[A. de los P.] "Artículo 1380 del Código Civil peruano.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios".
(NPI5) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1328 del Código Civil italiano de 1942. Revocación de la oferta y de la aceptación.- La oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya celebrado. Sin embargo, si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución, antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato".
(9) ¡bid., p. 286.
(10) ¡bid., p. 343.
(11) ¡bid., p. 344.
(12) L. FERRI, Rinunzia e rifiuto nel diritto privato, cit. p. 67.

(13) G. OSTI, voz "Contratto", cit., p. 516.
(14) ¡bid., loco ult. cit., considera el silencio como comportamiento negocial valorable como equivalente a una declaración de aceptación. A. RAVAZZONI, op. cit., p. 348, considera la inercia como comportamiento legalmente tipificado.
(NPI6) [N. de los P.] "Tercer y cuarto párrafos del artículo 782 del Código Civil italiano de 1942. Forma de la donación.- Antes de que la donación sea perfecta, tanto el donante como el donatario pueden revocar su declaración.
Si la donación se hace a una personajurídica, el donante no puede revocar su declaración una vez que le ha sido notificada la demanda dirigida a obtener de
la autoridad gubernativa la autorización para aceptar. Transcurrido un año desde la notificación sin que la autorización haya sido concedida, la declaración puede ser revocada".

El cuarto párrafo ha sido derogado por el artículo 13 de la Ley de 15 de mayo
de 1997, n. 127.
[A. de los P.] "Artículo 1637 del Código Civil peruano.- El donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación" .

"Artículo 1639 del Código Civil peruano.- La facultad de revocar la donación
caduca a los seis meses desde que sobrevino alguna de las causas del artículo 1637".
(NP17) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 782 del Código Civil italiano de 1942. Forma de la donación.- La aceptación puede hacerse en el mismo acto o por escritura pública posterior. En este caso, la donación no es perfecta sino desde el momento en que el acto de aceptación ha sido notificado al donante".
(NP18) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 25 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano de 1942.

Leyes reguladoras de las obligaciones.- Las obligaciones que nacen del contrato son reguladas por la ley nacional de los contratantes, si es común a ellos; o en aquel lugar en el cual el contrato ha sido concluido. En todo caso prevalecerá la diversa voluntad de las partes".
Este artículo ha sido derogado por el artículo 73 de la Ley NQ 218 de 31 de mayo de 1995.
(:W19) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1368 del Código Civil italiano de 1942. Prácticas generales con valor interpretativo.- Las cláusulas ambiguas se interpretan de acuerdo con la práctica general del lugar en el cual el contrato ha sido celebrado".
(15) L. FERRI, Rinunzia e rifiuto nel diritto privato, cito p. 77. (16) ¡bid., p. 102.
(17) ¡bid., p. 41 Y ss.
(NP20) [N. de los P.] "Artículo 1236 del Código Civil italiano de 1942. Declara
ción de remisión de la deuda.- La declaración del acreedor de remitir la deuda extingue la obligación cuando es comunicada al deudor, salvo que éste declare dentro de un plazo adecuado que no quiere aprovecharse de ella"
(NP21) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 2499 del Código Civil italiano de 1942. Responsabilidad de los socios.- El consentimiento se presume si los acreedores, a los cuales la deliberación de transformación les haya sido comunicada por carta certificada, no han negado expresamente su adhesión dentro del plazo de treinta días desde la comunicación".
Este párrafo ha sido modificado por el artículo 6 de los D.Lgs. del 17 de enero del 2003, n. 6, Reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capitales y sociedades cooperativas, en ejecución de la Ley del 3 de octubre del 2001, n. 366:

"Segundo párrafo del artículo 2500 quinquies del Código Civil italiano de 1942. REsponsabilidad de los socios.- El consentimiento se presume si los acreedores, a los cuales la deliberación de transformación les haya sido comunicada por carta certificada o con otros medios que garanticen la prueba de haberla recibido, no han negado expresamente su adhesión dentro del plazo de sesenta días desde la comunicación".
(NP22) [N. de los P.] "Artículo 1324 del Código Civil italiano de 1942. Normas aPlicables a los actos unilaterales.- Salvo disposición distinta de la ley, las normas que regulan los contratos se observan, en cuanto fueren compatibles, en los actos unila
terales entre vivos que tengan contenido patrimonial".
(NP23) [N. de los P.] "Artículo 1425 del Código Civil italiano de 1942. Incapacidad de las partes.- El contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz para contratar.
Es igualmente anulable, cuando concurren las condiciones establecidas en el artículo 428, el contrato estipulado por una persona incapaz de entendimiento y de voluntad".
[A. de los P.] "Numeral 1 del artículo 221 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es anulable: Por incapacidad relativa del agente".
(NP24) [N. de los P.] "Artículo 1334 del Código Civil italiano de 1942. Eficacia M los actos unilaterales.- Los actos unilaterales producen efecto desde el momento en que llegan a conocimiento de la persona a la cual están destinados".
(NP25) [N. de los P.] "Artículo 525 del Código Civil italiano de 1942. Revocación de la renuncia. Mientras el derecho de aceptar la herencia no ha prescrito contra los llamados que han renunciado a ella, éstos pueden aceptarla siempre, si. no ha sido ya adquirida por otros de los llamados, sin perjuicio

de los derechos adquiridos por los terceros sobre los bienes de la herencia".
[A. de los P.] "Artículo 677 del Código Civil peruano.- La aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambos son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión".
(NP26) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 2901 del Código Civil italiano de 1942. Condiciones.- El acreedor, incluso si el crédito está sujeto a condición o a plazo, puede demandar que sean declarados ineficaces frente a él los actos de disposición del patrimonio con los cuales el deudor ocasione peIjuicio a sus intereses, cuando concurren las siguientes condiciones:
1) Que el deudor haya conocido el peIjuicio que el acto ocasionaba a los intereses del acreedor o que, tratándose de un acto anterior al surgimiento del crédito, el acto fuera dolosamente predispuesto con el fin de peIjudicar la satisfacción del mismo.
2) Que, además, tratándose de acto a título oneroso, el tercero haya sido consciente del perjuicio, y en el caso de un acto anterior al surgimiento del crédito, que haya sido partícipe de la predisposición dolosa".
[A. de los P.] "Primer y segundo párrafos del artículo 195 del Código Civil peruano.- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de peIjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, q se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:
l. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.
2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados".
(NP27) [N. de los P.] "Artículo 524 del Código Civil italiano de 1942. Impugnación de la renuncia por parte de los acreedores. - Si alguno renuncia, aunque sea sin fraude, a una herencia con daño de sus acreedores, éstos pueden hacerse autorizar para aceptar la herencia en nombre y lugar del renunciante, con el solo propósito de satisfacerse sobre los bienes hereditarios hasta la concurrencia de sus créditos.
El derecho de los acreedores prescribe a los cinco años desde la renuncia".

[A. de los P.] "Artículo 676 del Código Civil peruano.- Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes,. su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del re-

nunciante. El remanente, si lo hubiera, se trasmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia.
La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo".
(18) A. CICU, L 'obbligazione nel patrimonio del debitore, Milán, 1948, p. 61 Y 68. (19) L. FERRI, Rinunzia e rifiuto nel diritto privato, cit., p. 109 Y ss.

CAPÍTULO V

Pactos relativos a contratos futuros y cláusulas predispuestas

1. Opción

En el iter formativo del contrato se pueden producir acuerdos preliminares, lo cuales tienen, a menudo, naturaleza de contratos propiamente dichos, que buscan favorecer o preparar la celebración de un futuro contrato. Revisten particular relevancia las figuras de la opción, del pacto de preferencia y del contrato preliminar.
La opción es una singular figura contractual regulada en el artículo 1331 (NPI) del Código Civil, por la cual una parte queda "vinculada" a su propia declaración (oferta), y la otra es libre de aceptada o no. Los efectos de la opción se identifican, esencialmente, con los de la oferta irrevocable: el oferente, en otras palabras, se mantiene sujeto al poder de aceptación del otro, y no puede liberarse de tal sujeción con la revocación de su propia declaración.

A cargo del que ha concedido la opción no surge ninguna obligación, salvo el deber general de comportarse según buena fe.
En la hipótesis del artículo 1329(NP2), por otro lado, la irrevocabilidad de la oferta deriva de una determinación unilateral del oferente; en la opción, en cambio, la irrevocabilidad constituye el efecto de un contrato. Por lo tanto, en el segundo caso se hace necesaria la aceptación del destinatario de la oferta de opción, sin perjuicio, eventualmente, de la aplicabilidad del artículo 1333(NP3). Se puede convenir, así, una prestación en favor de quien ofrece la opción. En este caso, naturalmente, quedará excluida la aplicación del artículo citado (1) .
Una ulterior diferencia se deduce de la confrontación entre el artículo 1329, primer párrafo, y el artículo 1331, segundo párrafo: la oferta no puede considerarse irrevocable cuando el oferente omite
pref~arle un límite temporal de eficacia (así, al menos, lo entiende la mayoría); en cambio, la irrevocabilidad que deriva del acuerdo de opción también puede ser a tiempo indeterminado, en cuyo caso se puede requerir al juez la f~ación de un plazo.
Téngase presente, en todo caso, que la aceptación dada allimitado efecto de la opción no tiene relevancia para efectos de la celebración del contrato relativo a la operación principal (denominado "contrato definitivo"); para tal fin, es necesaria una ulterior aceptación de la parte beneficiaria de la opción, que tiene plena libertad de adherirse o no a la oferta irrevocable que forma objeto de la opción.
El contrato de opción se distingue también del contrato preliminar; por efecto del segundo, ambas partes quedan obligadas a llegar a la celebración del contrato definitivo; por efecto de la opción, en cambio, el oferente no debe hacer nada para

la celebración del contrato definitivo, y tampoco puede hacer nada para impedirla; mientras tanto, la otra parte conserva plena libertad de llegar o no al contrato definitivo, y de aquí que no se pueda recurrir al artículo 2932(NP4) para obtener la ejecución en forma específica.
La opción puede tener origen, no sólo convencional, sino también legal: un caso de opción legal se reconoce en el artículo 2441 (NP5), donde se establece que las acciones de nueva emisión deben (salvo las excepciones allí contempladas) ser ofrecidas en opción a los accionistas.

2. Pacto de preferencia

Una configuración autónoma en el iterformativo del contrato es también la que asume el pacto de preferencia con el cual una parte (promitente) no queda vinculada para la celebración de un contrato futuro, sino que se obliga a preferir un determinado contratante, en igualdad de condiciones, si éste decide contratar.
A este pacto se atribuye, generalmente, la naturaleza de un contrato preliminar unilateral: sólo que se destaca, en sentido contrario, que el promitente no está, en modo alguno, obligado a lograr la celebración del contrato definitivo; él únicamente está obligado a preferir al promisario, si éste pretende celebrar el contrato mismo.
Es cierto, de todas formas, que la preferencia convencional o voluntaria, aquí examinada, no tiene eficacia real; en cambio, dicha eficacia sí puede ser asumida por la preferencia legal (cfr. artículo 732(NP6) del Código Civil, y el artículo 8 de la Ley n. 590 del 26 de mayo de 1965, intitulada, Disposiciones para el desarrollo de la proPiedad cultivable): ello significa que en la preferencia voluntaria, si el promitente enajena a otro, sin realizar la oferta al beneficiario de la preferencia,

este último sólo podrá demandar el resarcimiento de los daños al promitente, mientras que la adquisición realizada por el tercero se mantendrá inatacable desde todo punto de vista. En la preferencia legal, en cambio, el beneficiario de la prelación puede incluso rescatar el bien del tercero, siempre que así se disponga (2).

3. Contrato preliminar

Finalmente, asume también función preparatoria e instrumental el contrato preliminar, en un inicio ampliamente difundido en la práctica comercial (el llamado "compromiso"), y ahora regulado en el nuevo Código Civil, en los artículos 1351 (NP7) Y 2932
(cfr., así mismo, los artículos 2652, numeral 2(NP8\ y 2690 numeral 1 (NP9) (3).
La denominación de "contrato preliminar" es adoptada en el encabezado del artículo 1351, el cual contiene sólo una prescripción de forma, y no proporciona la noción del contrato examinado.
Según la mejor doctrina, mediante el contrato preliminar (también denominado "promesa de contrato" o "pactum de contrahendo")
los contratantes se obligan a celebrar un futuro contrato (denominado "contrato definitivo"). Los contratantes asumen el deber de contratar; de manifestar el consentimiento que es necesario para la celebración del contrato. La obligación así asumida tiene como contenido típico un "hacer" ["lacere"], el cual se corresponde con un derecho de la contraparte a pretender la observancia de la obligación.

Por otro lado, la obligación no hace referencia a un futuro contrato cualquiera, sino a un futuro contrato con contenido

determinado, y de aquí que exista la necesidad de que en el preliminar se especifiquen íntegramente los elementos del negocio que se obligan a celebrar.
El preliminar tiene casi siempre como objeto la celebración de contratos traslativos de la propiedad de bienes inmuebles, o constitutivos de derechos reales inmobiliarios, y sirve para que una parte asuma inmediatamente el compromiso relativo a la transferencia, y se postergue para un segundo momento la estipulación de la escritura pública notarial. Sin embargo, no son raras las veces en que el contrato celebrado es un contrato definitivo propiamente dicho, directamente traslativo de la propiedad o constitutivo de derecho real, unido al compromiso de las partes para renovado en forma pública, ante el notario. Pero aunque el preliminar satisface legítimas experiencias prácticas, no se puede pasar por alto que su adopción es sugerida, a menudo, por la intención de que el contrato escape del registro, y de eludir, así, las leyes fiscales. En verdad, no sólo está el hecho de que el preliminar no debe ser inscrito, sino que por tener, comúnmente, la forma del documento privado, escapa con facilidad al fisco (tasa de registro). La elusión de las normas fiscales es puesta en práctica, particularmente, cuando se realizan varios contratos preliminares, relativos a sucesivas transferencias del mismo bien (en dicha hipótesis, la parte suele obligarse "a adquirir para sí o para otros"), mientras que en el contrato definitivo aparece solamente el último adquirente; así se hace que aparezca un solo contrato y una sola transferencia, con lo cual se escapa de las tasas aplicables a las transferencias intermedias.

Hay que señalar, a propósito, que las frecuentes evasiones de normas fiscales, en el campo de las transferencias inmobiliarias, se ven favorecidas, en parte, y están moralmente justificadas, por lo codicioso del cobro fiscal.

A pesar de que se aplica, casi exclusivamente, en los contratos relativos a las transferencias inmobiliarias, la mayoría sostiene que el preliminar puede concluirse en relación con todo tipo de contrato, con efectos obligatorios o con efectos reales, con prestación a cargo de una sola parte, o con prestaciones recíprocas, consensual o real (recuérdese, al respecto, el preliminar de mutuo: artículo 1822(NPlO)).
En general, sin embargo, se descarta que la donación pueda ser objeto de contrato preliminar, atendiendo al carácter de espontaneidad que debe asumir el acto de liberalidad.
Dada la singular eficacia vinculante reconocida al contrato preliminar, en relación, especialmente, con la posibilidad de ejecución específica de la obligación de contratar, dicho contrato debe revestir la misma forma que se prescriba, ad essentiam, para el contrato definitivo (artículo 1351).

El contrato preliminar se considera contrato típico con prestaciones recíprocas: la prestación consiste en contratar, y para su ejecución, se requiere la colaboración de las partes.
Desde este punto de vista, el contrato definitivo se presenta como cumplimiento del contrato preliminar.
Por lo tanto, cuando una parte se niega, injustificadamente, a celebrar el contrato definitivo, la otra parte podrá demandar la resolución del contrato preliminar y el resarcimiento de los daños sufridos, al amparo de las reglas que son propias de los contratos y prestaciones recíprocas (artículo 1453(NPll)).

4. Ejecución en forma específica del deber de contratar

Con todo, frente al incumplimiento de una parte, la otra puede obtener la ejecución forzada del contrato, valiéndose, para ello, de un remedio peculiar, previsto en el nuevo Código Civil: la parte puede demandar que se dicte una sentencia

(constitutiva) que produzca los efectos del contrato definitivo no celebrado (denominada "de ejecución específica de la obligación de celebrar el contrato": cfr. el artículo 2932, donde se prevén, igualmente, límites al ejercicio de la acción y a la admisión de la demanda). Como ha sido indicado, el artículo 2932 es referido en el artículo 1706, segundo párrafo(NP12), en materia de mandato.
La sentencia constitutiva ex artículo 2932, pese a ocupar ellu gar del contrato no celebrado, conserva, desde el punto de vista procesal, su naturaleza de sentencia, y en cuanto tal estará sujeta, por lo tanto, a las impugnaciones ordinarias y extr{'lordinarias (apelación, etc.), sin que queden excluidos, luego del juicio, los remedios propios de los contratos, como la resolución, que se fundan en hechos sobrevenidos. [En la sentencia n. 1710, del 17 de mayo de 1969, en "Giurisprudenza italiana", 1970,1,1, col. 745, la Corte de Casación ha afirmado, exactamente, la admisibilidad de la resolución por incumplimiento de la relación negocial constituida con la sentencia ejecutiva del deber de celebrar un contrato].
La sentencia, que ocupa el lugar del contrato definitivo y traslativo de las propiedades, o traslativo-constitutivo de derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles registrados, está sujeta, así mismo, a inscripción (artículos 2643, numeral 14(NP13), Y 2684, numeraI6(NP14")).

No podría inscribirse directamente, en cambio, el contrato preliminar, que tiene por objeto la celebración de un contrato definitivo, para el cual está prescrita la inscripción: en verdad, el contrato preliminar está desprovisto de eficacia real (es un contrato con efectos obligatorios), y por tanto, no ofrece materia para la inscripción, la cual tiene por objeto, normalmente, cambios jurídicos "reales". En todo caso, la situación no cambiaría si la inscripción se realizara. La ins-

cripción no conferiría ninguna eficacia mayor al compromiso que las partes han asumido, y, en particular, a la obligación de quien promete vender, porque este último, al encontrarse constreñido sólo por un vínculo obligatorio, conservaría pleno poder de disposición so bre la cosa.

5. Inscripción de la demanda judicial respectiva

De todos modos, la diferencia que se acaba de resaltar entre el contrato definitivo, que tiene eficacia real, y el contrato preliminar, que tiene mera eficacia obligatoria, es muy atenuada en la práctica, por el hecho de que la ley prevé la inmediata inscripción de la demanda judicial dirigida a obtener la ejecución en forma específica de la obligación de contratar (artículos 2652, numeral 2, y 2690, numeral1).

La inscripción de la demanda judicial tiene función conservativa y de anotación preliminar, y tiende, en especial, a volver inútiles las fáciles colusiones que pueden presentarse entre el promitente y los terceros, las cuales podrían tener lugar medio tempore, es decir entre el inicio de la litis y la resolución de la misma: en la práctica, con la inscripción de la demanda se hace que el contrato preliminar se vuelva oponible a los terceros, con el mismo efecto práctico de la inscripción del contrato definitivo.

En efecto, con la inscripción de la demanda dirigida a obtener la ejecución en forma específica del deber de contratar, el actor vincula la cosa en disputa con la misma fuerza con la cual podría hacerla el titular de un verdadero derecho real sobre aquélla.

Todas las inscripciones y anotaciones sobre la cosa en disputa que se realicen después de la inscripción de la demanda son ineficaces frente al actor; en consecuencia, son inoponibles a

éste todos los cambios jurídicos que se hacen públicos con sucesivas inscripciones y anotaciones. Son oponibles al actor únicamente los derechos preservados con inscripciones y anotaciones precedentes a la inscripción de la demanda misma.
Se considera, por parte de la doctrina, que entre las demandas referidas en el numeral 2 del artículo 2652, se comprende también la demanda de incumplimiento del pacto de preferencia.

6. Problemas particulares

Para concluir, señalamos algunos particulares problemas que se presentan en materia de contrato preliminar.
El compromiso de contratar se transfiere, en caso de muerte de la parte, al heredero, a menos que el contrato definitivo esté fundado en la intuitus personae. Obviamente, el heredero también podráampararse en el artículo 2932.
La celebración del contrato definitivo tendrá, normalmente, el efecto de hacer irrelevantes las causales de invalidez del contrato preliminar.
En particular, con respecto a la anulabilidad del contrato preliminar, la celebración del contrato definitivo constituye una forma de convalidación del preliminar mismo, si la parte a la cual correspondía la acción de anulación tuviere conocimiento de la anulabilidad (artículo 1444, segundo párrafo(NP15". Tratándose de anulabilidad del contrato preliminar por incapacidad legal, la celebración del contrato definitivo efectuada luego de que el sujeto ha devenido incapaz, es válida para volver irrelevante la invalidez del preliminar mismo: ello también puede afirmarse de los vicios de la voluntad, si el error es descubierto, o si la violencia cesa,

antes de la celebración del contrato definitivo. Lo mismo vale para la incapacidad natural.
En cuanto a la nulidad del contrato preliminar, se debe descartar que sea susceptible de sanatoria, en atención, precisamente, a los principios relativos a esta forma de invalidez: sin embargo, no por ello hay que considerar que la nulidad del preliminar incida siempre en el contrato definitivo. Si las partes tienen conocimiento de la nulidad del contrato preliminar, y a pesar de ello celebran el contrato definitivo, éste deberá considerarse válido siempre que la invalidez del preliminar no haya sido determinada por ilicitud o imposibilidad de la causa o del objeto. En cambio, si las partes han celebrado el definitivo bajo la falsa creencia de la validez del preliminar, el contrato definitivo se deberá considerar anulable por error de derecho (artículo 1429, numeral 4(NP16"; pero véase también el artículo 1972, segundo párrafo(NP17), referido a la transacción realizada respecto de un título nulo).
En lo referente a la hipótesis en que una de las partes es legalmente incapaz de contratar al momento de la celebración del contrato definitivo, dado que el contratante incapaz no hace otra cosa que cumplir la obligación asumida con el contrato preliminar -en hipótesis, válidamente celebrado-, quizás sea dable considerar que, en aplicación del artículo 1191 (NP18) (pago realizado por un incapaz), el contrato definitivo no puede ser impugnado (anulado) (argumentando, así mismo, por los artículos 1389(NP19) Y 1390(NP20). Será así, al menos en los casos en los cuales el definitivo corresponde exactamente, en su contenido, al preliminar o dentro de los límites en los cuales ello acontezca.
Un problema delicado podría surgir en torno de la excesiva onerosidad sobrevenida: es decir, establecer si se debe tener en cuenta el momento en que se ha celebrado el preliminar, o bien el momento en que se ha celebrado el contrato definiti-

vo; y establecer, por otro lado, si en la primera hipótesis se puede demandar la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida del contrato preliminar.
La jurisprudencia y parte de la doctrina consideran que el remedio de la resolución por excesiva onerosidad es aplicable al preliminar "bilateral". El participante del preliminar que es afectado por la onerosidad sobrevenida quedará liberado del deber de celebrar el contrato definitivo. Respecto de este último, en cambio, el preliminar se presenta como un contrato de ejecución diferida.

7. Referencias sobre la cláusula penal y sobre las arras

El tema del contrato preliminar, que se viene analizando, brin da la oportunidad para tratar, en breve, dos instituciones, que en la
práctica son usualmente adoptadas para reforzar las obligaciones que surgen del preliminar, aun cuando su aplicación se extiende a todos los contratos, incluso a los que tienen efectos obligatorios: nos referimos a la cláusula penal y a las arras confirmatorias(4).
Se presenta la cláusula penal (o pena "convencional", o "contractual") cuando los contratantes convienen en que la parte que no .
cumple la obligación derivada del contrato quedará obligada a una determinada prestación (como regla, el pago de una suma de dinero). La cláusula penal es parte del contrato, es cláusula accesoria, contiene la predeterminación del quantum debido por el daño por incumplimiento o retardo (siempre que estos no sean determinados por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable al deudor), y exime a la parte acreedora de la prestación incumplida,

de la necesidad de requerir al juez la liquidación del daño sufrido, es
decir, de probar la entidad del daño. La cláusula penal cumple, entonces, una función indirectamente coercitiva, en tanto ejerce una indudable presión psicológica en el contratante, el cual será inducido, más fácilmente, a cumplir, porque conoce la entidad del perjuicio que enfrentará en caso de no hacerlo.
La pena puede ser estipulada por el incumplimiento o por el simple retardo: en el primer caso, el acreedor puede requerir o la prestación principal o la pena, no una y otra de manera conjunta
(artículo 1383(NP21"; en el segundo caso, podrá requerir tanto la pena cuanto el cumplimiento (el deudor no podría pretender liberarse, pagando la pena; mientras que el acreedor, según las reglas generales, puede demandar para obtener el cumplimiento o la resolución del contrato. Se ha sostenido, también, que cuando el acreedor acciona para obtener la pena debida por el incumplimiento, puede cambiar la demanda por una de cumplimiento, mientras no haya logrado el efectivo pago de la pena).

La pena, al predeterminar la medida del daño, limita también el monto del resarcimiento al pago de aquélla; las partes, sin embargo, pueden convenir para la resarcibilidad del eventual daño ulterior, cuya entidad deberá ser probada por el acreedor, de acuerdo con los principios generales. Ello se aplicará, a nuestro parecer, incluso en la hipótesis de que la pena sea debida por el retardo.
Sin embargo, si la obligación principal ha sido cumplida parcialmente, o si el monto de la pena es manifiestamente excesivo, teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento, el juez, a requerimiento de parte, puede equitativamente disminuir la pena, conforme a lo dispuesto

en el artículo 1384(NP22). Esta norma se considera de orden público y se asimila, comúnmente, a las instituciones de defensa contra la usura y a las modificaciones del contrato previstas para los casos de desequilibrio, inicial o sobrevenido, entre las prestaciones.

También tienen función de refuerzo de la obligación que nace del contrato las arras confirmatorias. Ellas tienen origen en una cláusula contractual de naturaleza real, en tanto y en cuanto se perfeccionan con la entrega, realizada por una parte en favor de la otra, de una suma de dinero o de otra cosa fungible, bajo el expreso "título" de arras (artículo 1385, primer párrafo(NP23)).

Las arras cumplen, inmediatamente, una función confirmatoria, pues concurren para confirmar la celebración del contrato, así como la seriedad del vínculo asumido: en caso de cumplimiento, por lo tanto, las arras deberán ser restituidas o imputadas a la prestación debida.

La función de refuerzo se cumple, en cambio, en caso de incumplimiento, cuando las arras se transforman, prácticamente, en una "pena": en dicha hipótesis, en efecto, si el que incumple es el que ha otorgado las arras, la otra parte puede apartarse del contrato,

pero conservando el monto de aquéllas; por el contrario, si el que no

ha cumplido es la parte que ha recibido las arras, la otra parte puede resolver el contrato y pretender el doble del monto de aquéllas. La parte que cumple conserva, además, el poder de accionar para la ejecución o la resolución del contrato, y de pretender el resarcimiento del daño según los principios generales. En tal hipótesis, se considera que las arras cumplen una función de garantía, sólo en favor de la parte que las ha recibido, a la cual se ha concedido el derecho de conservar la misma hasta que se efectúe la liquidación de los daños

(y sin peIjuicio del derecho al resarcimiento del mayor daño). Son distintas, en cambio, las finalidades de las arras de retractación (artículo 1386(NP24)), las cuales constituyen la contrapartida del derecho de desistimiento convencional concedido a una o a ambas partes; por lo tanto, ellas no se vinculan a un incumplimiento ni tienen función resarcitoria.

(;VPl) [N. de los P.] "Artículo 1331 del Código Civil italiano de 1942. opción.Cuando las partes convienen en que una de ellas quedará vinculada a su propia declaración, y que la otra tendrá facultad de aceptada o no, la declaración de la primera se considera como oferta irrevocable por los efectos previstos en el artículo 1329.

Si para la aceptación no se ha fijado un plazo, este puede ser establecido por el juez".

[A. de los P.] "Artículo 1419 del Código Civil peruano.- Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrado o no".

(NP2) [N. de los P.] "Artículo 1329 del Código Civil italiano de 1942. Oferta irrevocable.- Si el oferente se ha comprometido a mantener firme la oferta por un cierto tiempo, la revocación no produce efecto.

En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente no quita eficacia a la oferta, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias descarten tal eficacia".

(NP3) [N. de los P.] "Artículo 1333 del Código Civil italiano de 1942. Contrato con obligación para el solo oferente.- La oferta dirigida para la celebración de un contrato en el que sólo se deriven obligaciones para el oferente es irrevocable

desde el momento en que llega a conocimiento de la parte a la cual ella está destinada.
El destinatario puede rechazar la oferta dentro del plazo requerido por la naturaleza de la operación o por los usos. En ausencia de dicho rechazo, el contrato se tiene por celebrado".
(1) Sobre el argumento, en general, véase: E. CEsARa, Il contratto e l'opzione, Nápoles, 1969. Sobre la distinción entre oferta irrevocable y opción véase: G. GORLA, en "Rivista di diritto civile", 1962,1, p. 213.
(NP4) [N. de los P.] "Artículo 2932 del Código Civil italiano de 1942. Ejecución especifica de la obligación de concluir un contrato.- Si el que está obligado a celebrar un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato celebrado.
Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transferencia de otro derecho, la demanda no puede ser admitida, si la parte que la ha propuesto no exige su prestación o no hace el ofrecimiento de ello en los modos legales, a menos que la prestación no sea todavía exigible".
(NP5) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 2441 del Código Civil italiano de 1942. Derecho de opción.- Las acciones ordinarias de nueva emisión deben ser ofrecidas en opción a los accionistas, en proporción al número de las acciones poseídas
por ellos, salvo que por la deliberación de la asamblea deban ser liberadas en todo o en parte mediante conferimentos en especie".
Este párrafo ha sido modificado por el artículo 13 de la Ley del 7 de junio de 1974, n. 216, Conversión en ley, con modificaciones, del Decreto Ley deIS de abril de 1974, n. 95,

referente a las disposiones relativas al mercado mobiliario y al tratamiento fiscal de los títulos accionarios:
"Las acciones de nueva emisión y las acciones convertibles en acciones, deben ser ofrecidas en opción a los accionistas, en proporción al número de las acciones poseídas. Si son obligaciones convertibles el derecho de opción corresponde también a los poseedores de ellas, en concurrencia con los accionistas, sobre la base de la relación de intercambio".
[A. de los P.] "Artículo 103 de la Ley General de Sociedades peruana. opción para suscribir acciones.- Cuando lo establezca la escritura pública de constitución o lo acuerde la junta general con el voto favorable de accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto, la sociedad puede otorgar a terceros o a ciertos accionistas la opción de suscribir nuevas acciones en determinados plazos, términos y condiciones.
El plazo de la opción no excede de dos años.
Salvo que los términos de la opción así lo establezcan, su otorgamiento no impide que durante su vigencia la sociedad acuerde aumentos de capital, la creación de acciones en cartera o la emisión de obligaciones convertibles en acciones".
(~P6) [N. de los P.] "Artículo 732 del Código Civil italiano de 1942. Derecho de preferencia. - El coheredero que quiere enajenar a un extraño su cuota o parte de ella, debe. notificar la propuesta de enajenación, indicando su precio, a los otros coherederos, los cuales tienen derecho de prelación. Este derecho se debe ejercitar dentro del plazo de dos meses desde la última de las notificaciones. En defecto de la notificación, los coherederos tienen derecho a rescatar la cuota del adquirente o de todo posterior causahabiente, mientras dura el estado de comunidad hereditaria.

Si los coherederos que quieren ejercitar el derecho de rescatar son varios, la cuota se asigna a todos en partes iguales".
(2) Sobre la prelación en general véase: M. D'ORAZI, Della prelazione legale e volontaria, Milán, 1956.
(NP7) [N. de los P.] "Artículo 1351 del Código Civil italiano de 1942. Contrato preliminar.- El contrato preliminar es nulo si no es hecho de la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo".
[A. de los P.] "Artículo 1414 del Código Civil peruano.- Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo".
"Artículo 1425 del Código Civil peruano.- Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad".
(NP8) [N. de los P.] "Numeral 2 del artículo 2652 del Código Civil italiano de 1942. Demandas referentes a actos sujetos a inscripción.- Se deben inscribir, cuando se refieran a los derechos mencionados en el artículo 2643, las demandas judiciales indicadas por los numerales siguientes, a los efectos previstos en cuanto a cada una de ellas:
Las demandas dirigidas a obtener la ejecución en forma específica de la obligación de contratar.
La inscripción de la sentencia que ampara la demanda prevalece sobre las inscripciones exigidas contra el demandado después de la inscripción de la demanda".
(NP9) [N. de los P.] "Numeral 1 del artículo 2690 del Código Civil italiano de 1942. Demandas relativas a actos sujetos a inscripción.- Deben ser inscritas, cuando se refieran a los derechos mencionados por el artículo 2684:
Las demandas indicadas por los números 1, 2, 3, 4 Y 5 del artículo 2652 para los efectos dispuestos en ellos".

(3) Sobre el contrato preliminar véanse las recientes monografías de R. RASCIO, 11 contralto preliminare, Nápoles, 1967; y de G. GABRIELLI, Il contralto preliminar e, Milán, 1970.

(1\PIO) [N. de los P.] "Artículo 1822 del Código Civil italiano de 1942. Promesa de mutuo.- Quien ha prometido dar en mutuo puede rechazar el cumplimiento de su obligación si las condiciones patrimoniales del otro contratante han llegado a ser tales que hace notablemente difícil la restitución y no se le ofrecen garantías idóneas".

(NPlI) [N. de los P.] "Artículo 1453 del Código Civil italiano de 1942. Posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, el otro puede, a su elección, requerir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio, en cualquier caso, del resarcimiento del daño.

La resolución también puede ser demandada cuando el juicio ha sido promovido para obtener el cumplimiento, pero no se puede requerir el cumplimiento cuando se ha demandado la resolución.

A partir de la fecha de la demanda de resolución, aquel que incumplió ya no puede cumplir su obligación".

[A. de los P.] "Artículo 1428 del Código Civil peruano.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la ~esolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación".

(NPI2) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1706 del Código Civil italiano de 1942. Mandato sin representación.-

Si las cosas adquiridas por el mandatario son bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos, el mandatario está obligado a retransmitidos al mandante. En caso de incumplimiento, se observan las normas relativas a la ejecución de la obligación de contratar".
[A. de los P.] "Artículo 1810 del Código Civil peruano.- El mandatario queda automáticamente obligado en virtud del mandato a transferir al mandan te los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe".
(NP13) [N. de los P.] "Numeral 14 del artículo 2643 del Código Civil italiano de 1942. Actos sujetos a inscripción.- Se deben hacer públicos por medio de la inscripción: Las sentencias que pronuncian la constitución, la transferencia o la modificación de uno de los derechos mencionados en los números anteriores".
[A. de los P.] "Numeral 8 del artículo 2019 del Código Civil peruano.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble: Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles".
(NP14) [N. de los P.] "Numeral 6 del artículo 2684 del Código Civil italiano de 1942. Actos sujetos a inscripción.- Están sujetos a inscripción para los efectos establecidos por el artículo 2644: Las transacciones que tienen por objeto controversias sobre los derechos indicados por los números anteriores".
(NP15) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1444 del Código Civil italiano de 1942.- El contrato puede ser convalidado si el contratante al que correspondía la acción de anulabilidad ha dado ejecución al mismo, voluntariamente, y teniendo conocimiento del motivo de la anulabilidad".

[A. de los P.] "Artículo 231 del Código Civil peruano.- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad".

(NP16) [N. de los P.] "Numeral 4 del artículo 1429 del Código Civil italiano de 1942. Error esencial.- El error es esencial: Cuando, tratándose de error de derecho, ha sido la única razón o la razón principal del contrato".

[A. de los P.] "Numeral 3 del artículo 202 del Código Civil peruano.- El error es esencial: Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto".

(NP17) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1972 del Código Civil italiano de 1942. Transacción sobre un título nulo.- En los otros casos en los que la transacción se ha hecho en relación a título nulo, la anulación de la misma puede pedirse sólo por la parte que ignoraba la causa de nulidad del título".

[A. de los P.] "Artículo 1308 del Código Civil peruano.- Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción".

"Artículo 1309 del Código Civil peruano.- Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida".

(NP18)[N. de los P.] "Artículo 1191 del Código Civil italiano de 1942. Pago realizado por un incapaz.- El deudor que ha realizado la prestación debida no puede impugnar el pago a causa de la propia incapacidad".

(NPI9) [N. de los P.] "Artículo 1389 del Código Civil italiano de 1942. Capacidad del representante y del representado.-

Cuando la representación es conferida por el interesado, para la validez del contrato celebrado por el representante bastará que éste tenga la capacidad de entender y de querer, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato mismo, siempre que el representado sea legalmente capaz.
En todo caso, para la validez del contrato celebrado por el representante es necesario que el contrato no esté prohibido al representado"
(NP20) [N. de los P.] "Artículo 1390 del Código Civil italiano de 1942. Vicios de la voluntad.- El contrato es anulable en caso de vicio de la voluntad del representante. Sin embargo, cuando el vicio concierne a elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable sólo si la voluntad de éste estuvo viciada".
[A. de los P.] "Artículo 163 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido".
(4) Sobre el tema, véase: G. BAVETIA, La caparra, Milán, 1963.
(NP21) [N. de los P.] "Artículo 1383 del Código Civil italiano de 1942. Prohibición de acumulación.- El acreedor no puede demandar conjuntamente la prestación principal y el monto de la pena, si ésta no ha sido estipulada para el simple retardo".
(NP22) "Artículo 1384 del Código Civil italiano de 1942. Reducción de la pena.- El monto de la pena podrá ser disminuida equitativamente por eljuez si la obligación principal hubiera sido ejecutada en parte o si es manifiestamente excesivo, siempre teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento".

[A. de los P.] "Artículo 1346 del Código Civil peruano.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida".
(NP23) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1385 del Código Civil italiano
de 1942. Arras confirmatorías.- Si en el momento de la celebración del contrato una de las partes da a la otra, a título de arras, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, las arras, en caso de cumplimiento, deben ser restituidas o imputadas a la prestación debida".
[A. de los P.] "Artículo 1477 del Código Civil peruano.- La entrega de arras confirmatorias importa la conclusión del contrato. En caso de cumplimiento, quien recibió las arras las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación".

(NP24) [N. de los P.] "Artículo 1386 del Código Civil italiano de 1942. Arras penitenciales.- Si en el contrato se hubiese estipulado el derecho de desistimiento [recesso] para una o ambas partes, las arras sólo tienen función de contraprestación del desistimiento.

En este caso, el que desiste pierde las arras que ha dado, o debe restituir el doble de las que ha recibido".

[A. de los P.] "Artículo 1481 del Código Civil peruano. Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante.

Si se retracta quien recibe las arras,. debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho".

8. Las condiciones generales de contratación

La economía moderna, caracterizada por la producción "estandarizada" y en masa de bienes y servicios, así como por el vasto comercio y consumo de los mismos, ha favorecido la difusión de particulares tipos de negociación, encaminados a favorecer la rapidez de la circulación de los productos mediante la predisposición de esquemas contractuales uniformes, y la consiguiente simplificación del iterformativo de contratos. Tales instrumentos son utilizados, principalmente, por las grandes empresas, que ofertan al consumidor los bienes y servicios que producen, en condiciones uniforme y unilateralmente predispuestas, que el particular sólo puede aceptar o rechazar, con lo que queda sustancialmente excluida, o bastante limitada, la posibilidad de entablar tratativas propiamente dichas.
Este tipo de contratación no sólo satisface las exigencias de la producción y del comercio, sino que se adecua también al rápido ritmo de la vida moderna, a la necesidad de "no perder tiempo", que es común al consumidor, quien, por un lado, tiene que someterse a una especie de "diktat" del otro contratante, pero, por otro lado, está particularmente garantizado por la existencia de las condiciones generales vinculantes para el que las ha ideado y predispuesto y porque con la aplicación uniforme de tales condiciones, respecto de un mismo tipo de relación, queda asegurada la igualdad de tratamiento (5) .
Para esta última finalidad, sobre todo, la ley misma prescribe la predisposición de condiciones generales, sujetas a la previa aprobación de la autoridad administrativa, para aquellas empresas que operan en condiciones de monopolio legal, y que son, en general, empresas concesionarias de servicios públicos (cfr. artículos 2597(NP25) y 1679(NP26) del Código Civil). En esta situación se encuentran, hoy en día, las

empresas aseguradoras, en lo referente al seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos, creado con la Ley n. 990, del 24 de diciembre de 1969.
La predisposición de condiciones generales es particularmente frecuente en el campo de los contratos de seguro, bancarios, de transporte terrestre, marítimo y aéreo de personas o de cosas, y otros.
La extensión y la importancia que ha cobrado el fenómeno en los tiempos modernos ha inducido al legislador a dedicarle una regulación particular fijada en los artículos 1341 (NP27) Y 1342(NP28) (cfr. también los artículos 1370(NP29), 1474(NP30), 2211 (NP31". Dicha regulación, por otro lado, no se refiere únicamente al denominado "contrato de (o "por") adhesión", es decir, a aquel tipo de contrato cuyo contenido es pref~ado unilateralmente por una de las partes, y simplemente aceptado por la otra parte, sin que ésta pueda intervenir y colaborar en la formación de su contenido; las normas aquí recordadas regulan el fenómeno, más amplio, de la predisposición de un esquema de cláusulas, destinado a regular una serie indefinida de contratos, sin que resulte excluida, de todos modos, la posibilidad de derogadas.
Las cláusulas unilateral mente predispuestas por un con tratante pueden formar parte del contenido negocial, aun cuando no estén incorporadas en el modelo o formulario suscrito por el otro contratante, sea a través de una simple mención o reenvío a las mismas realizado por los contratantes, sea, incluso, con independencia de toda mención de las mismas en el texto contractual.
Se establece en el artículo 1341, primer párrafo, que las condi ciones generales de contratación predispuestas por una de las partes cobran eficacia sólo cuando el otro contratante las haya conocido, o habría tenido que conocedas empleando la dili-

gencia ordinaria. Para la eficacia de tales cláusulas, entonces, además de la predisposición y la uniformidad o generalidad de las mismas, es suficiente, por un lado, que ellas sean hechas conocibles con medios idóneos, y por otro lado, que la contraparte, de no haber tenido conocimiento de ellas, haya tenido cuando menos la posibilidad de conocedas usando la ordinaria diligencia (carga de conocimiento) al momento de la celebración del contrato. Por ejemplo, cuando celebro un contrato de cuenta corriente con un banco, no siempre las condiciones generales que regulan el contrato están incluidas en el modelo que suscribo; el banco hace conocible tales condiciones a través de avisos colocados en sus locales; avisos a los cuales tiene acceso el público, con lo cual se da oportunidad a todos de tener conocimiento al respecto.

En realidad, el artículo 1341 parecería referirse sólo a aquellas cláusulas generales de contratación que no están incluidas en el modelo suscrito, ni mencionadas en el modelo mismo. Sin embargo, parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que en el artículo 1341 se hace referencia también a aquellas condiciones generales que están incluidas o que son citadas en el modelo suscrito. Hay que destacar que si se adopta la tesis más restrictiva, esto es, si se considera que el artículo 1341 se aplica sólo a las condiciones o cláusulas no incluidas o citadas en el modelo suscrito por el aceptante, la norma examinada asume el carácter de excepción respecto de los principios de derecho común, en tanto hace aplicables al contrato

(aunque ello no ocurra con las denominadas "cláusulas vejatorias"), cláusulas que quedan fuera del texto escrito, y en torno de las cuales no se ha formado el consentimiento; todo ello, en el interés de quien las ha predispuesto, es decir, del contratante considerado más fuerte. En cambio, si se adhiere a la tesis más ampliamente acogida por la doctrina y jurispru-

dencia imperantes, que consideran que la norma es igualmente aplicable a las condiciones o cláusulas citadas o reproducidas en el modelo suscrito, entonces, en virtud de cuanto establece el segundo párrafo del artículo citado, y sin atentar contra el principio que se acaba de enunciar, se introduce también una excepción a los principios de derecho común, pero esta vez, en ventaja del adherente (considerado como el contratante más débil), el cual puede rechazar condiciones y cláusulas que ha suscrito, o a las cuales se ha referido expresamente.

No obstante su carácter "general", las condiciones de contratación pueden ser derogadas por voluntad de las partes: las condiciones generales constituyen en sí mismas, en efecto, sólo una especie de modelo de contrato, y son eficaces únicamente si el contrato es celebrado. Por lo tanto, si las partes acuerdan derogadas, el contrato celebrado vincula a las partes dentro de los límites del acuerdo, aunque sea en oposición a las condiciones generales de contratación predispuestas por un contratante. Sin embargo, el dependiente del empresario no tiene el poder de derogar las condiciones generales de contrato, si no cuenta con una específica autorización escrita (artículo 2211).

Por lo demás, no pueden derogar las condiciones generales de contrato, las empresas concesionarias de transporte: estas empresas están vinculadas, en la celebración de los contratos de transporte, a la observancia de las condiciones generales de contrato, las cuales son, por lo tanto, inderogables (artículo 1679). Ello ocurre porque las condiciones generales en cuestión son aprobadas por el órgano público que ha dado la concesión, y tienen que ver con un servicio público, aun cuando sea prestado por el particular, con un servicio que debe ser puesto a disposición de todos en igualdad de condi-

ciones. El mismo discurso es válido, hoy en día, para el seguro obligatorio del que ya hemos tratado.

9. Las llamadas "cláusulas vejatorias"

Mientras que las condiciones generales de contratación predispuestas por una parte pueden cobrar eficacia frente a la otra aunque no sean conocidas, y sean simplemente conocibles, en el momento de la celebración del contrato, según lo dispuesto por el artículo 1341, primer párrafo, hay algunas cláusulas que cobran eficacia sólo si son "específicamente aprobadas por escrito". Se trata de las llamadas "cláusulas vejatorias", a la cual se refiere el artículo 1341, segundo párrafo, las cuales hacen excesivamente gravosa la posición del contratante que se adhiere a las condiciones predispuestas (sin que se trate, por otro lado, de cláusulas contrarias al orden público o a las buenas costumbres, las cuales serían nulas de todas maneras, aunque estuvieran expresamente aprobadas por escrito).
Una relación de cláusulas vejatorias está contenida en el artículo anteriormente citado, donde se las distingue en cláusulas en favor del predisponente (que atenúan sus obligaciones o aumentan sus poderes), y cláusulas a cargo del otro contratante.
Entre las primeras se señalan:
1) las limitaciones de responsabilidad (cfr. artículo 1229(NP32));
2) la facultad de apartarse (unilateralmente) del contrato (cfr. artículo 1373(NP33));
3) la facultad de suspender la ejecución del contrato (fuera de la hipótesis del artículo 1461 (NP34): para un caso de suspensión prevista por la ley cfr. el artículo 1901 (NP35)).

Entre las segundas, están las cláusulas que limitan los pode-
res
del otro contratante frente al predisponente, estableciendo:
4) vencimientos (cfr., sin embargo, el artículo 2965(NP36);
5) limitaciones a la facultad de oponer excepciones (cfr. el artículo 1462(NP37);
6) restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros (por ejemplo, cláusulas de no-competencia; cfr. los artículos 1379(NP38), 1566(NP39), 1568(NP40), 2596(NP41) y siguientes);
7) prórrogas tácitas o renovaciones tácitas del contrato (a veces la renovación tácita está prevista en la ley: artículos 1597(NP42), 1630(NP43);
8) cláusulas compromisorias (artículo 808 del Código Proce-
sal
Civil) ;
9) derogaciones a la competencia (territorial) de la autoridad judicial (cfr. artículos 8 y 28 del Código Procesal Civil).
El artículo 1341, segundo párrafo se considera susceptible de interpretación extensiva, y se ha aplicado en el nivel jurisprudencial, por ejemplo, en los siguientes casos: a la cláusula "solve et repete' [Corte de Casación, sentencia n. 1358, del 13 de mayo de 1953, en "!lforo italiano", 1953, 1, col. 1379; sentencia n. 2242, del 24 de junio de 1958, en "Giurisprudenza italiana: REpertorio", 1958, voz Obbligazioni e contratti, n. 229]; a la cláusula con la cual el contratante se obliga a ejecutar la propia prestación, aunque la contraprestación sea imposible [Tribunal de Apelación de Milán, sentencia del 15 de junio de 1948, en "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligaziont', 1948,11, p. 360]; a la cláusula que limita la prueba de vicios y de falta de calidad [Corte de Casación, sentencia n. 1756, del

25 de mayo de 1965, en "Giustizia civile", 1965,1, p. 1756); a la cláusula que establece la extinción del derecho a la compensación si el asegurado perjudica las defensas del asegurador [Corte de Casación, sentencia n. 236, del 15 de febrero de 1960, en "Giurisprudenza italiana", 1960,1,1, col. 1267].

Las cláusulas vejatorias deben ser aprobadas por escrito; en caso contrario, son nulas: en la jurisprudencia se afirma que la aproba

ción específica de las cláusulas onerosas constituye un acto solemne, por lo cual la forma se prescribe ad substantiam, y no ad probationem [Corte de Casación, sentencian. 2716, del 29 de octubre de 1966, "Il foro italiano: REPertorio", 1967, voz Obbligazioni e contratti, n. 142].

La aprobación por escrito debe ser específica, es decir, debe realizarse para cada cláusula vejatoria en particular, y por separado de la suscripción del texto contractual en su conjunto; ello, porque con la aprobación prescrita se tiende a llamar la atención del interesado sobre la particular onerosidad de las singulares cláusulas, de manera que se vea inducido a juzgar la conveniencia o no de su aceptación, y así, a rechazarlas o aceptarlas conscientemente.

Los pronunciamientosjurisprudenciales sobre las modalidades

con las cuales debe realizarse la específica aprobación por escrito, no son siempre concordantes: a veces se ha considerado que la aprobación por escrito debe realizarse para cada cláusula singularmente considerada [cfr. Corte de Casación, sentencia n. 1006, del 25 de mayo de 1965, en "Il foro italiano", 1965, 1, col. 2073; sentencia n. 3129, del 13 de octubre de 1955, "Ilforo italiano", 1955,1, col. 1615]; pero más a menudo, se ha considerado suficiente la adición de una segunda suscripción luego de una relación de las cláusulas a aprobar, aunque ésta se disponga de manera impresa, y aun-

que dichas cláusulas estén indicadas sólo con el número de orden con el que son incluidas en el texto [Corte de Casación, sentencia n. 30, del 3 de febrero de 1967, "Il foro italiano: Repertorio", 1967, voz Obbligazzioni e contratti, 1967, n. 140; sentencia n. 764, del 7 de abril de 1964, en "Il foro italiano", 1964,1, col. 1661].

La específica aprobación por escrito no es requerida cuando el contenido del contrato, aun cuando formulado totalmente por uno de los contratantes, es el resultado de tratativas desarrolladas entre las partes [Corte de Casación, sentencia n. 2218, del 27 de setiembre de 1967, en "Il foro italiano: Repertorio", 1967, voz Obbligazzioni e contratti, n. 119]. En general, se considera inaplicable el artículo 1341, segundo párrafo, a los contratos celebrados con la Administración pública [Corte de Casación, sentencia n. 1542, del 22 de mayo de 1959, en "Giustizia civile", 1959,1, p. 1498].

La norma sí ha sido considerada aplicable, en cambio, a los contratos celebrados mediante licitación privada con entidades públicas: cfr. Corte de Casación, sentencia n. 260, del 31 de enero de 1954, en "Ilforo italiano", 1955,1, col. 1614.

10. Contrato celebrado mediante modelo o formulario

Mientras que el artículo 1341 se refiere al contrato regulado por condiciones predispuestas por un solo contratante, que se supone actúa desde una posición de fuerza, el artículo 1342 se refiere, en cambio, al caso en que los contratantes se encuentran en un plano de paridad, pero se valen, para la celebración del contrato, de un modelo o formulario compilado por expertos, y difundido comercialmente, a disposición de todos, dada la frecuencia de cierto tipo de contratación (por ejemplo, en los arrendamientos).

En el artículo 1342 se dispone que las cláusulas agregadas a las impresas en los modelos o formularios prevalecen sobre éstas últimas: ello, en tanto y en cuanto se presume que las cláusulas agregadas, por haber sido incluidas por los contratantes, han sido deseadas por ellos mismos, aun cuando sean contrarias a los pactos impresos en el modelo.
Por otro lado, también las cláusulas vejatorias incluidas en el modelo o formulario deben estar específicamente aprobadas por escrito por parte del contratante gravado (artículo 1342, segundo párrafo).

---

(5) M. COSTANTINO, "REgale di gioco e tutela del piu debole nell'approvazione del programma contrattuale", en "Rivista di diritto civile", 1972, l, p. 68.
(NP25) [N. de los P.] "Artículo 2597 del Código Civil italiano de 1942. Obligación de contratar en el caso de monopolio.- Quien ejercita una empresa en condición de monopolio legal tiene la obligación de contratar con quienquiera que solicite las prestaciones que constituyen objeto de la empresa, observando la igualdad de trato".
(NP26) [N. de los P.] "Artículo 1679 del Código Civil italiano de 1942. Servicios públicos de líneas.- Aquellos que por concesión administrativa desempeñan servicios de línea para el transporte de personas o de cosas están obligados a aceptar las peticiones de transporte que sean compatibles con los medios ordinarios de la empresa, según las condiciones generales establecidas o autorizadas en el acto de concesión y hechas conocidas al público.

Los transportes deben realizarse según el orden de las peticiones; en caso de

varias peticiones simultáneas, debe preferirse siempre aquella de recorrido mayor.

Si las condiciones generales admiten concesiones especiales, el portador está
obligado a aplicarlas en igualdad de condiciones a cualquiera que formule petición.

Salvo las especiales concesiones admitidas por las condiciones generales, cualquier derogación a las mismas es nula, y a la cláusula diferente se sustituye la norma de las condiciones generales".

(NP27) [N. de los P.] "Artículo 1341 del Código Civil italiano de 1942. Condiciones generales de contratación.- Las condiciones generales de contratación predispuestas por uno de los contratantes son eficaces frente al otro, si al momento de la celebración del contrato el segundo las conoció o habría debido conocerlas empleando la diligencia ordinaria.

En ningún caso tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades para desistir [recedere] el contrato o para suspender su ejecución, o bien que establezcan a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial".

Esta norma debe concordarse con el artículo 1469 bis el cual fue incorporado por el artículo 25 de la Ley n. 52 del 06 de febrero de 1996:

"Artículo 1469 bis. Cláusulas vejatorias en el contrato entre comerciante profesional y consumidor.- En el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional (professionista), se consideran vejatorias las cláusulas que, aun en caso de buena

fe, determinan para el consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones que derivan del contrato. Con respecto al contrato descrito en el primer párrafo, el consumidor es la persona física que actúa por fines ajenos a la actividad empresarial o profesional eventualmente practicada. El profesional es la persona física o jurídica, pública o privada, que en el marco de su actividad empresarial o profesional utiliza el contrato referido en el primer párrafo.

Se presumen vejatorias, salvo prueba en contrario, las cláusulas que tienen
por objeto, o que generan el efecto de:

1) Excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o
daño a la persona del consumidor, resultante de un hecho u omisión del profesional.

2) Excluir o limitar las acciones o derechos del consumidor frente al profesional u otra parte, en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento inexacto, por parte del profesional.

3) Excluir o limitar la oponibilidad por parte del consumidor de la compensación de una deuda frente al profesional, con un crédito alegado frente a este último.

4) Prever un compromiso definitivo del consumidor mientras la ejecución
de la prestación del profesional está subordinada a una condición cuyo cumplimiento depende únicamente de su voluntad.

5) Permitir al profesional que conserve una suma de dinero entregada por el consumidor en caso de que este último no celebre el contrato o desista del mismo, sin prever el derecho del consumidor a exigir del profesional el doble de la suma entregada si es este último el que no celebra el contrato o quien desiste de él.

6) Imponer al consumidor, en caso de incumplimiento o retardo en el cumplimiento, el pago de una suma de dinero a título de resarcimiento, cláusula penal u otro título equivalente, de monto manifiestamente excesivo.
7) Reconocer sólo al profesional, y no al consumidor, la facultad de desistir del contrato, así como permitir al profesional conservar, aunque fuera parcialmente, la suma entregada por el consumidor a título de retribución por prestaciones todavía no ejecutadas, cuando sea el profesional el que desiste del contrato.
8) Permitir al profesional desistir de contratos a tiempo indeterminado, sin un previo aviso razonable, salvo el caso en que medie justa causa.
9) Establecer un plazo excesivamente anticipado con respecto al vencimiento del contrato para comunicar la negativa a efectos de evitar la prórroga tácita o renovación.
10) Prever la extensión de la adhesión del consumidor a cláusulas que no ha tenido la posibilidad de conocer antes de la celebración del contrato.
11) Permitir al profesional modificar unilateralmen te las cláusulas del contrato, o bien las características del producto o del servicio a proveer, sin un motivo justificado e indicado en el contrato mismo.
12) Establecer que el precio de los bienes o de los servicios será determinado al momento de la entrega o de la prestación.
13) Permitir al profesional que aumente el precio del bien o del servicio sin que el consumidor pueda desistir si el precio resulta excesivamente elevado con respecto al originalmente acordado.
14) Reservar al profesional el poder de determinar la conformidad del bien vendido o del servicio prestado con respecto al previsto en el contrato, o conferir al profesional el derecho

exclusivo de interpretar una cláusula, sin importar cuál sea, del contrato.
15) Limitar la responsabilidad del profesional con respecto a las obligaciones derivadas de los contratos estipulados en su nombre por mandatarios, o subordinar el cumplimiento de tales obligaciones al respeto de particulares formalidades.
16) Limitar o excluir la oponibilidad de la excepción de incumplimiento por parte del consumidor.
17) Permitir al profesional sustituirse por un tercero en las relaciones derivadas del contrato, en el caso de previo consentimiento del consumidor, cuando resulte disminuida la protección de los derechos de este último,
18) Establecer a cargo del consumidor caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, derogaciones de competencia de la autoridad judicial, limitaciones a los reclamos y pruebas, inversiones o modificaciones de la carga de la prueba, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros.
19) Establecer como sede del foro competente sobre las controversias una localidad distinta de aquella que es de residencia o domicilio electivo del consumidor.
20) Prever la enajenación de un derecho o la asunción de una obligación como subordinada a una condición suspensiva, dependiente de la mera voluntad del profesional frente a una obligación, inmediatamente eficaz, del consumidor. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 1355.
Si el contrato tiene por objeto la prestación de servicios financieros a tiempo indeterminado, el profesional puede, en derogación de los numerales 8) y 11) del tercer párrafo:
1) Desistir, siempre que exista un motivo justificado, sin previo aviso, y si da comunicación inmediata de ello al consumidor.

2) Modificar, siempre que exista justificado motivo, las condiciones del contrato, si da previo aviso de ello dentro de un plazo razonable al consumidor, que tiene derecho de desistir del contrato.
Si el contrato tiene por objeto la prestación de servicios financieros, el profesional puede modificar, sin previo aviso, siempre que exista un justificado motivo derogatorio de los numerales 12) y 13) del tercer párrafo, la tasa de interés o el monto de toda otra carga relativa a la prestación financiera originalmente convenidos, si da inmediata comunicación al consumidor que tiene derecho de desistir del contrato.
Los numerales 8), 11), 12) Y 13) del tercer párrafo no se aplican a los contratos que tienen por objeto valores mobiliarios, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio esté sujeto a las fluctuaciones de un curso o de un indicador de bolsa o de una tasa de mercado financiero, no controlado por el profesional, así como la compraventa de moneda extranjera, de cheques de viaje, o de timbres postales internacionales en moneda extranjera.
Los numerales 12) y 13) del tercer párrafo no se aplican a las cláusulas de indexación de precios, siempre que sean permitidas por la ley, a condición de que las modalidades de variación sean expresamente descritas".
[A. de los P.] "Artículo 1397 del Código Civil peruano.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.
Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad".
"Artículo 1398 del Código Civil peruano.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de con-

tratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato".
(NP28) [N. de los P.] "Artículo 1342 del Código Civil italiano de 1942. Contrato celebrado mediante modelos o formularios.- En los contratos celebrados mediante la suscripción de modelos o formularios, predispuestos para regular de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al modelo o al formulario prevalecen sobre las del modelo o formulario, si fueran incompatibles con las mismas, incluso si éstas no hubieran sido canceladas.
[A. de los P.] "Artículo 1400 del Código Civil peruano.- Se observan, además, las disposiciones del segundo párrafo del artículo precedente".
En los casos del artículo 1397, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto".
(NP29) [N. de los P.] "Artículo 1370 del Código Civil italiano de 1942. Interpretación contra el autor de la cláusula.- Las cláusulas incluidas en las condiciones generales de contratación, o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en la duda, a favor del otro".
[A. de los P.] "Artículo 1401 del Código Civil peruano.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra".

(NP30) [N. de los P.] "Artículo 1474 del Código Civil italiano de 1942. Falta de determinación expresa del precio.- Si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente y las partes no han determinado el precio, ni han convenido el modo de determinarlo, ni el mismo es establecido por acto de la autoridad pública ["o normas corporativas"], se presume que las partes han querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor.
Si se trata de cosas que tienen un precio de bolsa o de mercado, el precio se toma de los listines o de las mercuriales del lugar en que debe realizarse el entrega, o de los de la plaza más próxima.
Cuando las partes hayan querido referirse aljusto precio, se aplican las disposiciones de los párrafos anteriores; y cuando no concurran los casos provistos por ellos, el precio, a falta de acuerdo, se determina por un tercero, nombrado según el segundo párrafo del artículo anterior".
[A. de los P.] "Artículo 1547 del Código Civil peruano.- En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.
Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el de lugar en que debe realizarse la entrega".
()\P3I) [N. de los P.] "Artículo 2211 del Código Civil italiano de 1942.- Poderes dederogación a las condiciones generales del contrato.- Los empleados, aunque estén autorizados para concluir contratos en nombre del empresario, no tienen el poder de derogar las condiciones generales de contrato o las cláusulas impresas en los formularios de la empresa, si no han sido provistos de una autorización especial escrita".

(NP32) [N. de los P.] "Artículo 1229 del Código Civil italiano de 1942. Cláusulas de exoneración de responsabilidad.- Es nulo todo pacto excluya o limite de forma previa la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave.
Es igualmente nulo todo pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad por los casos en que el hecho de un deudor o de sus auxiliares constituya violación de deberes de normas de orden público".
[A. de los P.] "Artículo 1328 del Código Civil peruano.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.
También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público".
(NP33) [N. de los P.] "Artículo 1373 del Código Civil italiano de 1942. Desistimiento unilateral.- Si a una de las partes se le hubiese atribuido la facultad de desistimiento del contrato, tal facultad podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución.
En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercitada también posteriormente, pero el desistimiento no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución.
Si se hubiera estipulado la prestación de una retribución por el desistimiento, ésta tendrá efecto cuando la prestación se haya ejecutado.
En todo caso queda a salvo cualquier pacto en contrario".
(NP34) [N. de los P.] "Artículo 1461 del Código Civil italiano de 1942. Mutación en las condiciones patrimoniales de los contratantes.- Cualquiera de los contratantes puede suspender la ejecución de la prestación por él debida, si las

condiciones patrimoniales del otro han devenido tales que ponen en peligro evidente la realización de la contraprestación, salvo que se haya otorgado una garantía suficiente".
[A. de los P.] "Artículo 1427 del Código Civil peruano.- Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento".
(:-1P35) [N. de los P.] "Artículo 1901 del Código Civil italiano de 1942. Falta de pago de la prima.- Si el contratante no paga la prima o no paga la primera cuota de la prima establecida por el contrato, el seguro queda en suspenso hasta las veinticuatro horas del día en que el contratante paga todo lo que debe.
Si a los vencimientos convenidos el contratante no paga las primas sucesivas, el seguro queda en suspenso desde las veinticuatro horas del día decimoquinto posterior a la fecha de vencimiento.
En las hipótesis previstas por los dos párrafos anteriores el contrato se resuelve de derecho si el asegurador, dentro del plazo de seis meses a partir del día en que prima o la cuota haya vencido, no acciona para el cobro; el asegurador tiene derecho solamente al pago de la prima relativa al periodo de seguro en curso y al reembolso de los gastos. La presente norma no se aplica a los seguros de vida".
(NP36) [N. de los P] "Artículo 2965 del Código Civil italiano de 1942. Caducidades establecidas contractualmente.- Es nulo el pacto por el cual se establecen plazos de caducidad que hagan excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio del derecho".

(NP37) [N. de los P.] "Artículo 1462 del Código Civil italiano de 1942. Cláusula limitativa de las excepciones.- La cláusula mediante la que se establece que una de las partes no puede oponer excepciones con el fin de evitar o retardar la prestación debida, no tiene efecto respecto para las excepciones de nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato.
En los casos en que la cláusula es eficaz, el juez, si reconoce que concurren motivos graves, puede, sin embargo, suspender la condena, e imponer, de ser el caso, una caución".
(NP38) [N. de los P.] "Artículo 1379 del Código Civil italiano de 1942. Prohibición de enajenar.- La prohibición de enajenar establecida por contrato tiene efecto solamente entre las partes y no es válida si no estuviese contenida dentro de convenientes límites de tiempo y si no respondiese a un interés apreciable de una de las partes".
[A. de los P.] "Artículo 882 del Código Civil peruano.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita"
(NP39) [N. de los P.] "Artículo 1566 del Código Civil italiano de 1942. Pacto de preferencia.- El pacto por el cual el que tiene derecho al suministro se obliga a dar la preferencia al suministran te en la estipulación de un contrato posterior para el mismo objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda del plazo de cinco años. Si se ha convenido un plazo mayor, éste se reduce a cinco años.
El que tiene derecho del suministro debe comunicar al suministran te las condiciones propuestas por terceros y el suministran te debe declarar, bajo sanción de caducidad, en el plazo establecido o, en su defecto, dentro del exigido por las circunstancias o por los usos, si piensa valerse del derecho de preferencia".
[A. de los P.] "Artículo 1614 del Código Civil peruano.- En caso de haberse pactado la cláusula de preferencia en favor

del suministrante o del suministrado, la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha [liado un plazo mayor".
"Artículo 1615 del Código Civil peruano.- En el caso previsto en el artículo 1614, la parte que tenga la preferencia deberá comunicar en forma indubitable a la otra las condiciones propuestas por terceros. El beneficiado por el pacto de preferencia, a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente [liado, su decisión de hacer valer la preferencia".
(NP40) [N. de los P.] "Artículo 1568 del Código Civil italiano de 1942. Exclusiva a favor de quien tiene derecho al suministro.- Si la cláusula de exclusiva se pacta en favor de quien tiene derecho al suministro, el suministrante no puede llevar a cabo en la zona para la que se ha concedido la exclusiva y por la duración del contrato, ni directa ni indirectamente, prestaciones de la misma naturaleza de aquellas que constituyan el objeto del contrato.
Quien tiene derecho al suministro, y asume la obligación de promover, en la zona que se le ha asignado, la venta de las cosas de las que tiene la exclusiva, responde de los daños en caso de incumplimiento a tal obligación, aun cuando haya cumplido el contrato respecto de la cantidad mínima que se haya [liado".
[A. de los P.] "Artículo 1616 del Código Civil peruano.- Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministran te, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación".
"Artículo 1617 del Código Civil peruano.- Si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro,

el suministrante no puede, directa ni indirectamente, efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato, en ningún otro lugar".
"Artículo 1618 del Código Civil peruano.- El beneficiario del suministro que asume la obligación de promover la venta de los bienes que tiene en exclusividad responde de los daños y perjuicios si incumple esa obligación, aun cuando haya satisfecho el contrato respecto de la cantidad mínima pactada".
(NP41) [N. de los P.] "Artículo 2596 del Código Civil italiano de 1942. Límites contractuales de la competencia.- El pacto que limita la competencia debe ser probado por escrito. El mismo es válido si se circunscribe a una determinada zona o a una determinada actividad, y no puede exceder de la duración de cinco años.
Si la duración del pacto no está determinada o se halla establecida por un período superior a cinco años, el pacto es válido por la duración de un quinquenio".
(NP42) [N. de los P.] "Artículo 1597 del Código Civil italiano de 1942. REnovación tácita del contrato.- El arrendamiento se tiene por renovado si, vencido el plazo del mismo, el arrendatario permanece y es dejado en la detentación de la cosa arrendada o si, tratándose de arrendamientos por tiempo indeterminado, no se ha comunicado el aviso de desalojo conforme al artículo anterior.
El nuevo arrendamiento es regulado por las mismas condiciones que el anterior, pero su duración es la establecida para los arrendamientos por tiempo indeterminado.
Si se ha dado aviso, el arrendatario no puede oponer la renovación tácita, salvo que conste la voluntad del arrendador de renovar el contrato".
[A. de los P.] "Artículo 1700 del Código Civil peruano.- Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación

tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento".
(NP43) [N. de los P.] "Artículo 1630 del Código Civil italiano de 1942. Arrendamiento de jundos rústicos productivos sin determinación de tiempo.- El arrendamiento por tiempo indeterminado de un fundo sujeto a rotación de cultivos se considera estipulado por el tiempo necesario para que el arrendatario pueda desarrollar y llevar a cumplimiento el ciclo normal de alternación de los cultivos practicados en el fundo.

Si el fundo no está sujeto a alternación de cultivos, el arrendamiento se considera hecho por el tiempo necesario para la recolección de los frutos.

El arrendamiento no cesa si antes del vencimiento una de las partes no ha dado aviso de desalojo con preaviso de seis meses.

[Quedan a salvo las diversas disposiciones de las normas corporativas]."

CAPÍTULO VI

Forma y prueba del contrato

1. Forma ad substantiam

Al inicio de estas lecciones hemos tratado de aclarar que el contrato (como ocurre con la ley y las demás fuentes normativas) puede considerarse como hecho o como norma. Como

hecho, es una declaración o manifestación de voluntad (proveniente de dos o más partes); como norma, es un mandato jurídico y por lo tanto deber jurídico, obligación, compromiso asumido, autoimpuesto. La endíadis(NT) hecho-norma se corresponde con la endíadis forma-contenido. El hecho es acaecimiento, algo que sucede: sonido de palabras pronunciadas, signos gráficos trazados en hojas de papel: ahora bien, todo ello constituye la forma del contrato, a través del cual el mandato jurídico se materializa, cala en el mundo físico.

Así como es elemento esencial del contrato el contenido normativo o, si se quiere, comprometedor, también es elemento esencial la forma en la cual se encarna la norma.

En el artículo 1325, numeral 4(NPI), se señala, entre los requisitos del contrato, "la forma, cuando es prescrita por la ley, bajo sanción de nulidad"; pero es claro que la forma, como modo de mani
festación de la voluntad contractual, es requisito de todo contrato(l).

Se distinguen, del mismo modo, los contratos no-solemnes, en los cuales las partes pueden manifestar de cualquier modo su voluntad contractual (con la palabra, escrito, etc.), y los contratos solemnes, en los cuales la manifestación de voluntad debe revestir una forma determinada, establecida por la ley. A estos contratos se alude, específicamente, en el artículo 1325, numeral 4.

La prescripción de una forma particular para ciertos contratos se liga, tanto con la exigencia, de interés general, de asegurar particular certeza a determinados cambios jurídicos, cuanto con la exigencia de proteger a las partes, al asegurarse, mediante la solemnidad del acto, una mayor ponderación en el cumplimiento de los negocios de mayor importancia: las normas que prescriben una particular forma para determinados contratos, se consideran impuestas en interés general; por

lo tanto, son inderogables, y su inobservancia da lugar a la nulidad del contrato (artículo 1418, segundo párrafo(NP2"), que, como tal puede ser declarada de oficio por eljuez.

La observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad constituye una carga para las partes.
Las normas sobre la forma ad substantiam deben considerarse de estricta interpretación, en tanto y en cuanto crean una excepción al principio general de la libertad de forma.
Por lo tanto, la regla está representada por la libertad de forma. El contrato debe revestir una forma determinada sólo cuando así se prescriba en la ley.
Para algunos contratos, la forma requerida por la leyes la escritura pública (artículo 2699(NP3"); así ocurre con el contrato que regula las relaciones patrimoniales entre cónyuges (artículo 162(NP4") y
para sus modificaciones (artículo 163(NP5"; para la constitución del fondo patrimonial (artículo 167(NP6"; para la donación (artículo 782(NP7"); para el contrato de enganche de la gente de mar (artículo 328 del Código de la Navegación). Se discute si el acto constitutivo de las sociedades de capitales deba revestir, ad substantiam, la forma de la escritura pública, o si ésta es requerida sólo para la inscripción de las sociedades en el registro de las empresas (cfr. los artículos 2328(1\;1'15), 2464(NP9), 2475(NPlO), así como el artículo 2518(NPllJ, en materia de cooperativas, y el artículo 254 7(NP12), en materia de aseguradoras mutual es).
Deben revestir ad substantiam la forma de la escritura pública o del documento privado (artículo 2702(NP13) los contratos y los actos indicados en el artículo 1350(NP14). El núcleo principal está representado por los contratos que inciden en la propiedad de bienes inmuebles (trasfiriéndola) o sobre los

demás derechos reales inmobiliarios (constituyéndolos, modificándolos o trasfiriéndolos).
Hay que señalar, sin embargo, que el documento privado simple no es título suficiente para realizar la inscripción o anotación de tales actos, cuando ésta es requerida por la ley; en tal caso, es necesaria la escritura pública o el documento privado con firma legalizada (artículo 2703(NP15) o judicialmente certificados (artículos 214 y siguientes del Código Procesal Civil). (Cfr. artículos 2657(NP16), 2674, primer párrafo(NP17) y 2835(NP18).
La forma escrita es requerida para otros contratos, a los cuales hace genérica referencia el artículo 1350, numeral 13: así ocurre, en particular para la venta de herencia (artículo 1543(NPI9)), para la cesión de los bienes a los acreedores (artículo 1978(NP2O)), para la constitución de hipoteca voluntaria (artículo 2821 (NP21)) Y para otros contratos. Ya se ha dicho, finalmente, que el contrato preliminar debe revestir la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo (artículo 1351 (NP22)) .
El contrato para el cual se prescribe una forma ad substantiam determinada, no puede probarse en el juicio entre las partes, ni siquiera por medio de confesión y juramento (artículo 2739(NP23)), sino sólo por medio de documento (o, eventualmente, con copia de éste, que tenga los requisitos prescritos por la ley: cfr. artículo 2714(NP24) y siguientes). Sin embargo, el documento no es el contrato, sino la cosa material, que lleva los signos o la huella de su realización como hecho. Por lo tanto, es esencial que el contrato se haya celebrado de la forma prescrita ad substantiam, es decir, que se haya realizado en dicha forma, como hecho o acaecimiento; mientras tanto, la pérdida o la destrucción del documento no vale, ciertamente, para eliminar el hecho.

Así se explica por qué la ley admite la prueba por testigos del
contrato, cuando una parte ha perdido, sin su culpa, el documento (cfr. artículos 2724, numeral 3(NP25), Y 2725, segundo párrafo(NP26)).
. Naturalmente, la prueba no deberá ser una simple prueba de que el contrato se ha celebrado, sino una prueba de que se ha celebrado conforme a la forma prescrita ad substantiam.
Si se admite la prueba por testigos, deberá considerarse admisible, a fortiori, la prueba por confesión o juramento, la cual no tendráel límite establecido por el artículo 2724, numeral 3, es decir, aun en el caso de que la pérdida del documento se haya debido a culpa.
De lo anterior puede extraerse la siguiente deducción: que la exclusión del juramento como medio de prueba para los contratos formales (forma ad substantiam) (artículo 2739, primer párrafo) es entendida como exclusión de la prueba de que el contrato se ha celebrado de manera distinta de la prescrita (que sería irrelevante), y no como exclusión de la prueba de que el contrato se ha celebrado de la forma prescrita. Dicha prueba debe considerarse admisible todas las veces que el documento sea destruido por negligencia. El mismo discurso vale para la confesión.

2. Forma ad probationem

En algunos casos, la forma escrita se prescribe sólo con propósitos de prueba: las formas requeridas ad probationem se resuelven en limitaciones a la prueba judicial del contrato, y, a diferencia de las formas prescritas ad substantiam, no inciden en su validez.
Por lo tanto, el contrato es válidamente celebrado incluso si no se ha ,observado la forma prescrita ad probationem, y

puede hacerse vale¡.¡ enjuicio: en esta sede, sin embargo, la existencia del contrato no puede ser probada por medio de testigos (artículo 2725(NP27) ni de presunciones (artículo 2729, segundo párrafo(NP28)); empero, se admite la prueba por medio de confesión o de juramento, como puede argumentarse, a contrariis, a partir del artículo 2739, primer párrafo. La Corte de Casación ha establecido, en efecto, que se debe considerar admisible eljuramento como prueba de contratos en los cuales la forma escrita sea requerida sólo ad probationem [sentencia n.
314, del 9 de febrero de 1952, en "Giurisprudenza comPleta delta
Cassazione civili', 1952,1, p. 457; sentencia n. 259, del 19 de abril de 1969, en "Giurisprudenza italiana: Massimario", col. 110). Y recientemente, ha confirmado que también la confesión judicial puede ser empleada para probar un contrato para el cual se establezca la forma escrita ad probationem [sentencia n. 287, del 29 de enero de 1973, en "Giurisprudenza italiana: Massimario", col. 93].
Las formas ad probationem se prescriben para los contratos de seguro y de reaseguros (artículos 1888 (NP29) Y 1928 (NP30"), para la transacción en general (artículo 1967(NP31): cfr., sin embargo, el artículo 1350, numeral 12), para los contratos que transfieren la propiedad o el uso y disfrute de la hacienda (artículo 2556(NP32") (cfr., además, los artículos 1846(NP33), 2096(NP34), 2581(NP35), 2596(NP36") .

3. Formas voluntarias

Las partes mismas pueden convenir por escrito que adoptarán una determinada forma para la futura celebración de un contrato (artículo 1352(NP37"): la forma para el futuro contrato

puede ser querida con carácter ad substantiam o ad probationem. Dado que, como se ha señalado antes, las normas que prescriben ad substantiam formas determinadas son inderogables, las partes sólo pueden establecer que el contrato debe revestir una determinada forma cuando la ley no prescriba ninguna; o bien pueden establecer que sea adoptada la escritura pública, cuando para la ley sea suficiente el documento privado. Esto significa que las partes pueden derogar la normativa legal sobre las formas con el solo hecho de volverla más onerosa, es decir, con la adopción de formas más garantizadas o más solemnes que las dispuestas en la ley, pero jamás siguiendo el procedimiento inverso, es decir, disminuyendo la solemnidad.

Cuando no resulte algo diferente de la convención, se presume que la forma ha sido querida para la validez del futuro contrato: así se dispone en el artículo 1352, donde se establece una presunción iuris tantum (definida, por algunos autores, como "presunción interpretativa"), que puede ser cuestionada con la prueba contraria.

La cuestión de mayor importancia que se plantea en esta materia, es la eficacia del acuerdo sobre la forma en la hipótesis de que el contrato sea estipulado por las partes, en definitiva, sin el respeto de la forma convencional: la ley (artículo 1352) habla de invalidez, y no precisa si se trata de nulidad o de anulabilidad.

A primera vista, dado que la sanción por defecto de forma es la nulidad, parece que se tendría que concluir que el contrato es nulo. Se ha expresado, en oposición, y no sin fundamento, que aquí la forma es querida por las partes, y que, por consiguiente, no están en juego intereses generales; esta consideración propende a la anulabilidad, que puede ser hecha valer por las partes, y no puede ser declarada de oficio por el juez.

Por consiguiente, es dudoso el alcance práctico del artículo 1352, porque la estipulación del contrato con una forma diversa implicará, normalmente, la revocación, por mutuo consentimiento implícito
(artículo 1372(NP38"), del previo acuerdo sobre la forma.
El artículo 1352 podría cobrar importancia práctica en relación con los actos unilaterales, y en especial, con aquellas declaraciones unilaterales dirigidas a modificar o a extinguir las relaciones que derivan del contrato (por ejemplo, la revocación de un contrato a tiempo indeterminado o sujeto a prórroga tácita), cuando éstas se encuentren sometidas a cargas de forma por decisión de los contratantes: sin embargo, la doctrina tiende a restringir la aplicación de la norma a las formas pactadas para la celebración de los contratos, en tanto ésta hace explícita y exclusiva referencia a la "forma para la futura celebración del contrato".
Siempre en el ámbito de las formas voluntarias, debe manifestarse, finalmente, que una, forma determinada para la aceptación puede ser requerida por el oferente: la prescripción en lo referente a la forma tiene, aquí, una importancia práctica indudable, porque según lo dispuesto en el artículo 1326, cuarto párrafo (NP39) , "no tiene efecto" la aceptación realizada de una forma diversa.

4. Formalidades fiscales y publicidad

No incide en la validez del contrato la observancia de las formalidades de orden fiscal. Por regla, los contratos para los cuales se establece la forma escrita, deben redactarse en papel sellado; otras veces el sello debe ser adherido sólo cuando el documento sea ofrecido en juicio: la inobservancia de tales formalidades sólo implica consecuencias de carácter fiscal y procesal, y el acto siempre puede ser regularizado.

Dentro de los veinte días a partir de su celebración, los contratos redactados por escrito, ya veces los verbalmente celebrados (por ejemplo, arrendamientos, contratas), deben someterse a inscripción registral, la cual se realiza con la presentación del contrato en doble ejemplar (uno de estos será restituido) a la oficina del registro, que proveerá a la formalización previo pago de la tasa. El contrato no registrado es plenamente válido, pero estaba prohibido a las autoridades judiciales y a los árbitros pronunciar sentencias o emitir resoluciones sobre la base de contratos sujetos a registro y no registrados, sin perjuicio, solamente, de la adopción de las eventuales disposiciones conservativas (artículos 106-108 de la antigua Ley del registro). El registro servía, además, como prueba de la fecha del contrato frente a los terceros (artículo 2704(NP40).

Se refiere a una fase sucesiva a la celebración del contrato, y, por lo tanto, no tiene relación con la forma de éste, la denominada "publicidad contractual", cuyo fin principal es hacer conocibles y oponibles frente a los terceros los cambios jurídicos producidos por el contrato. De las más importantes formas de publicidad (inscripción, anotación, etc.) se hablará, en general, al tratar los contratos con efectos reales.
5.
Forma, prueba e interpretación
La forma, más que ser un elemento o un requisito del contrato, es el mismo contrato, considerado como acaecimiento, como hecho. La forma es un cambio del mundo exterior, acompañado (y precedido) o no por hechos (cambios) internos o psicológicos. Ahora bien, la prueba del contrato es prueba de la forma del contrato, es decir, prueba del contrato como hecho, reconstrucción histórica del acaecimiento. Se

prueban los hechos, y, por lo tanto, el objeto de la prueba son los hechos: artículo 2697(NP41).
También los hechos internos o psicológicos pueden ser objeto de prueba, cuando incidan en la validez del contrato, o tengan, de algún modo, una relevancia propia. La reconstrucción, hasta donde sea posible, de la voluntad de las partes in concreto, es decir, de lo que ellas han querido, efectivamente, al momento de la celebración del contrato, es siempre objeto o función de la prueba (2). En cambio, es costumbre ver que la doctrina y jurisprudencia confunden o
intercambian esta búsqueda de la voluntad interna o real de las partes -que está dirigida a la reconstrucción de un hecho, y es, por lo tanto, actividad esencialmente histórica, y, por consiguiente, probatoria-, con la actividad interpretativa, que debe, por el contrario, dirigirse a la búsqueda del mandato jurídico, de las normas contenidas en el contrato, de los deberes y de los derechos que nacen de éste.
Por ello se habla de la interpretación subjetiva del contrato como búsqueda de la voluntad interna o real de las partes(3); en cambio, la interpretación jurídica del contrato no puede ser, en tal sentido, sub
jetiva. La interpretación se orienta a descubrir el sentido jurídico de una declaración o manifestación de voluntad, es decir, a traducir dicho sentido o significado en términos de derechos, de deberes (o de poderes), y no a reconstruir los hechos ni a describir los acaecimientos, ni siquiera cuando estos consistan en sucesos psíquicos o interiores de los contratantes.
La reconstrucción de los hechos o de los acaecimientos es objeto de prueba. Cuando se busca la voluntad psicológica o interna del contratante al momento de la celebración del contrato; o cuando se quiere establecer qué cosa quiere él, real y efectivamente, o qué cosa, en concreto, ignoraba o

conocía, o si ha incurrido o no en error, o si tenía o no tenía buena fe, lo que se nos plantea, siempre, es resolver una cuestión de hecho, y una cuestión de interpretación del contrato: y la verdad es que nosotros apreciamos que dicha cuestión se resuelve con la prueba, prueba indiciaria, indirecta, presuntiva, pero siempre prueba.

No hay nada que interpretar; lo que se hace es conocer qué es lo que ha sucedido al interior, en la psique, del contratante. La búsqueda de la voluntad interna o voluntad real del contratante es, indudablemente, una cuestión de hecho, la cual se resuelve, por lo tanto, con la prueba, y no como la interpretación.

Nuestrajurisprudencia, en cambio, suele identificar la interpretación con la búsqueda de la voluntad real o psicológica, y, por lo tanto, confunde e intercambia la interpretación con la prueba. La
jurisprudencia afirma que la interpretación de una manifestación de voluntad constituye una quaestio voluntatis, es decir, una apreciación de hecho que no puede revisarse en Casación (4).

Es cierto que la prueba es una operación preliminar respecto de la interpretación. En primer lugar, es necesario reconstruir el hecho, es decir, reconstruir aquellos acaecimientos en los cuales se ha plasmado la voluntad contractual, aquellas palabras pronunciadas, aquellos signos trazados, aquellos comportamientos concluyentes
realizados. En un momento posterior, se deberá extraer el significado jurídico de tales sucesos o signos, y delinear los derechos y las obligaciones que surgen de ellos; en otras palabras, se pasará a la interpretación, que es, siempre, entonces, quaestio iuns.

La prueba aporta la materia sobre la cual se practica la interpretación.

Un claro ejemplo de intercambio y confusión entre prueba e interpretación se puedt identificar en la siguiente máxima jurisprudencial de la Corte de Casación: "la prueba testimonial está dirigida a aclarar la voluntad de los contratantes [y aquí estamos, efectivamente, en el ámbito de la prueba], el ámbito objetivo de la relación y el alcance de los pactos (en el caso, la prueba estaba dirigida a aclarar si el deber del asegurador se extiende también a los daños sufridos por el vehículo del asegurado) [y aquí se escapa del ámbito de la prueba para entrar en el de la interpretación]"(5).
Me parece evidente que aclarar la voluntad (interna) de los contratantes es considerado, justamente, como propósito de la prueba; por el contrario, establecer si existe o no un cierto deber para un contratante es, típicamente, un problema de interpretación. La prueba, en el caso citado, buscaba reconstruir la voluntad real o interna de uno y otro contratante, y en tal caso, ella podía ser de auxilio para el intérprete, porque cuando son dudosas la medida y el límite de la obligación asumida por una parte, parece lógico hacer prevalecer aquella interpretación que más se armonice con la voluntad real de uno, o mejor aun, de ambos contratantes. Sin embargo, constituiría un grave error identificar la voluntad real de las partes con la voluntad contractual, es decir, con las obligaciones y los derechos que nacen de ella.
Con exactitud, la misma Corte de Casación [sentencia n. 3236, del 27 de noviembre de 1973, en ," Il foro italiano: Repertorio", 1974, voz Prova testimoniale, n. 15] ha afirmado que la prueba puede servir para la verificación de circunstancias, es decir de hechos, que clarifican el contenido negocial, en tanto susceptible de diversas interpretaciones.

La forma del contrato es el signo o los signos en los cuales se incorpora aquella idea que es el mandato jurídico(6). La

prueba se refiere a los signos. El significado jurídico de los signos, el contenido que la forma involucra, son el objeto o el fin de la interpretación (7). Si el hecho no contiene o no lleva un mensaje, si no representa o transmite una idea, no es susceptible de interpretación. Será, en cambio, susceptible de prueba. El acto ilícito puede ser probado, y más aun, debe ser probado por quien funde en él su derecho al resarcimiento del daño, pero no debe ser interpretado. El acto ilícito no contiene ningún mensaje, no representa ni participa un pensamiento, una idea (8). Respecto del mero acto, no se puede hablar de forma, porque la forma supone un contenido del cual ella es portadora; distintamente, en el mero acto sólo existe el cambio físico, y falta el momento inmaterial representado por el significado(9).

La distinción entre prueba e interpretación determina, así mismo, el paso de la primera a la segunda parte del presente curso. En la primera, el contrato ha sido observado como hecho, y, por consiguiente, como objeto de prueba; en la segunda será apreciado como norma, y, por lo tanto, como objeto de interpretación.

(NT) Del latín hendidys, que significa "figura por la cual se expresa un solo concepto con dos nombres coordinados", de conformidad con la 2211. ed. del diccionario de la Real Academia Española.

(NPl) [No de los Po] "Numeral 4 del artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942. Indicación de los requisitos.- Los requisitos del contrato son: La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad".

[A. de los P.] "Numeral 4 del artículo 140 del Código Civil peruano 0- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones

jurídicas. Para su validez se requiere: Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

(1) F. MESSINEO, Del contratto in genere, cit., t. 1, p. 145, escribe justamente que "una forma cualquiera es siempre indispensable".

(NP2) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942. Causas de la nulidad del contrato.- Producen la nulidad del contrato, la falta de alguno de los requisitos indicados por el artículo 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el artículo 1345 y la falta en
el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346".

[A. de los P.] "Numeral 6 del artículo 219 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es nulo: Cuando no revista la forma prescrita b,yo sanción de nulidad".

(NP3) [N. de los P.] "Artículo 2699 del Código Civil italiano de 1942. Escritura pública.- La escritura pública es el documento redactado, con las formalidades requeridas, por un notario o por otro funcionario público autorizado para atribuirle fe pública en el lugar donde el acto se forma".

(NP4) [N o de los Po] "Artículo 162 del Código Civil italiano de 1942. Forma de las convenciones matrimoniales.- Las convenciones matrimoniales deben ser estipuladas por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

La elección del régimen de separación también puede ser declarada en el
acto de celebración del matrimonio.

Las convenciones pueden ser estipuladas en cualquier momento, quedando
invariables las disposiciones del artículo 194.

Las convenciones matrimoniales no pueden ser opuestas a los terceros cuando al margen del acto de matrimonio no se anotan la fecha del contrato, el notario otorgante y las genera-

lidades de los contrayentes, o bien la elección a la cual se refiere el segundo párrafo".
El texto transcrito fue incorporado según el artículo 43 de la Ley de reforma del derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151.
El texto anterior decía lo siguiente: "Forma de las convenciones matrimoniales y su inmutabilidad.- Las convenciones matrimoniales deben ser estipuladas por acto público bajo sanción de nulidad.
No pueden ser modificadas después de la celebración del matrimonio.
Se pueden estipular después de la celebración del matrimonio en los casos previstos por la ley, siempre que no alteren las convenciones matrimoniales ya establecidas" .
[A. de los P.] "Artículo 295 del Código Civil peruano.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios,

deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el
régimen de sociedad de gananciales".
(:'\P5) [N. de los P.] "Artículo 163 del Código Civil italiano de 1942. Modificaciones de las convenciones matrimoniales.- Las modificaciones de las convenciones matrimoniales, anteriores o sucesivas al matrimonio, no tienen efecto si la escritura pública no es estipulada con el consentimiento de

todas las personas que han sido partes en las convenciones mismas, o de sus herederos.
Si uno de los cónyuges muere después de haber cons~ntido en una escritura pública la modificación de las convenciones, ella produce sus efectos si las otras partes expresan también sucesivamente su consentimiento, salvo la homologación del juez. La homologación puede ser requerida por todas las personas que han participado en la modificación de las convenciones o por sus herederos.
Las modificaciones convenidas y la sentencia de homologación tienen efecto respecto a los terceros sólo si se hace la anotación al margen del acto del matrimonio.
Además la anotación debe ser hecha al margen de la inscripción de las convenciones matrimoniales cuando ella sea requerida en virtud de los artículos 2643 y siguiente" .
El texto transcrito está conforme al artículo 44 de la Ley de reforma del derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151.
El texto anterior establecía lo siguiente: "Modificaciones de las convenciones matrimoniales antes del matrimonio. - Las modificaciones de las convenciones matrimoniales antes del matrimonio no tienen efecto si no se hacen por acto público, en presencia y con el consentimiento simultáneo de todas las personas que han sido partes en la convención de matrimonio.
Toda modificación queda sin efecto respecto a los terceros, si al margen o al pie del original de la convención de matrimonio no se ha hecho anotación indicando el acto que contiene la modificación. La anotación debe además hacerse en la copia del convenio de matrimonio remitida al archivo público, al cuidado del notario que lo ha autorizado, y también en la copia presentada para la inscripción, si el convenio de matrimonio ha sido inscrito".

[A. de los P.] "Artículo 296 del Código Civil peruano.- Durante el matrimo
nio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del conve
nio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el regis
tro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción".
(:-IP6) [N. de los P.] "Artículo 167 del Código Civil italiano de 1942. Constitución del patrimonio familiar.- Cada uno o ambos cónyuges, por escritura pública, o un tercero, también por testamento, pueden constituir un fondo patrimonial, destinando determinados bienes, inmuebles o muebles inscritos en los registros públicos, o títulos de crédito, para afrontar las necesidades de la familia.
La constitución del fondo patrimonial por acto entre vivos, efectuada por el tercero, se perfecciona con la aceptación de los cónyuges. La aceptación puede ser hecha con escritura pública posterior.

También la constitución puede ser hecha durante el matrimonio.

Los títulos de crédito deben ser vinculados haciéndolos nominativos con
anotación del vínculo o de otra manera idónea".

El texto transcrito está conforme al artículo 49 de la Ley de reforma del
derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151.
El texto anterior indicaba lo siguiente: "Constitución del patrimonio familiar.Puede constituirse en patrimonio familiar determinados bienes inmuebles o títulos de crédito.

La constitución del patrimonio familiar implica la inalienabilidad de los bie
nes y el destino de los frutos en beneficio de la familia.

La constitución puede hacerse también durante el matrimonio, por uno o
por ambos cónyuges, mediante acto público, o bien por un tercero, en acto público
o por testamento".

[A. de los P.] "Artículo 496 del Código Civil peruano.- Para la constitución
del patrimonio familiar se requiere:

1. Que el constituyente formalice solicitud ante eljuez, en la que debe precisar su nombre y apellidos, edad, estado civil y domicilio; individualizar el predio
que propone afectar; aportar la prueba instrumental de no hallarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado; y señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos.
2. Que se acompañe a la solicitud, la minuta de constitución del patrimonio cuya autorización pide.
3. Que se publique un extracto de la solicitud por dos días interdiarios en el períodico donde lo hubiere o por aviso en el local del juzgado donde no lo hubiere.
4. Que sea aprobada por el juez, conforme a lo dispuesto para el pron"" 11"
contencioso.
5. Que la minuta sea elevada a escritura pública.
6. Que sea inscrita en el registro respectivo.

En los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio fami
liar, eljuez oirá la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución".

(:\'P7) [N. de los P.] "Artículo 782 del Código Civil italiano de 1942.- Forma de la donación.- La donación debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad. Si tiene por objeto cosas muebles, la misma no es válida más que en

cuanto a aquéllas especificadas con indicación de su valor en el acto mismo de la donación, o bien en una nota aparte suscrita por el donante, por el donatario y por el notario.
La aceptación puede hacerse en el mismo acto o por escritura pública posterior. En este caso, la donación no es perfecta sino desde el momento en que el acto de aceptación ha sido notificado al donante.

Antes de que la donación sea perfecta, tanto el donante como el donatario
pueden revocar su declaración".
[A. de los P.] "Artículo 1623 del Código Civil peruano.- La donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato".
"Artículo 1624 del Código Civil peruano.- Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad.
En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan".
"Artículo 1625 del Código Civil peruano.- La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad".
(NP8) [N. de los P.] El anterior texto del primer párrafo del artículo 2328 del Código Civil italiano de 1942 indicaba que la "sociedad debe constituirse por escritura pública". El nuevo texto incorporado por el artículo 1 de los D.Lgs. del 17 de enero del 2003, n. 6, Reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capitales y sociedades cooperativas, en ejecución de la Ley del 3 de octubre del 2001, n. 366

establece lo siguiente en el segundo párrafo del artículo 2328: Acto constitutivo.- "El acto constitutivo debe ser redactado por escritura pública".
[A. de los P.] "Artículo 5 de la Ley General de Sociedades del Perú. Contenido y formalidades del acto constitutivo.- La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria.

Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el
Registro del domicilio de la sociedad.

Cuando el pacto social no se hubiese elevado a escritura pública, cualquier
socio puede demandar su otorgamiento por el proceso sumarísimo".
(NP9)'[N. de los P.] "Artículo 2464 del Código Civil italiano de 1942. Normas aPlicahles.- A la sociedad en comandita por acciones le son aplicables las normas relativas a la sociedad por acciones, en cuanto sean compatibles con las disposiciones siguientes".
Este texto ha sido incorporado como el artículo 2454 del mismo código, conforme al artículo 2 de los D.Lgs. del 17 de enero del 2003, n. 6, Reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capitales y sociedades cooperativas, en ejecución de la Ley del 3 de octubre del 2001, n. 366".
[A. de los P.] "Primer párrafo del artículo 282 de la Ley General de Sociedades del Perú.- Sociedad en comandita por acciones.- A la sociedad en comandita por acciones se aplican las disposiciones relativas a la sociedad anónima, siempre que sean compatibles con lo indicado en la presente Sección".

(NPIO) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 2475 del Código Civil italiano de 1942. Constitución [de la sociedad de responsabilidad limitada].- La sociedad debe constituirse por acto público".
El nuevo texto incorporado por el artículo 3 de los D.Lgs. del 17 de enero del 2003, n. 6, Reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capitales y sociedades cooperativas, en ejecución de la Ley del 3 de octubre del 2001, n. 366 establece lo siguiente en el segundo párrafo del artículo 2463: Acto constitutivo.- "El acto constitutivo debe ser redactado por escritura pública".
(NPl1) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 2518 del Código Civil italiano de 1942. La sociedad [cooperativa] debe constituirse por escritura pública".
Este texto ha sido incorporado como el artículo 2521 del mismo código, conforme al artículo 8 de los D.Lgs. del 17 de enero del 2003, n. 6, Reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capitales y sociedades cooperativas, en ejecución de la Ley del 3 de octubre del 2001, n. 366".
(NPI2) [N. de los P.] "Artículo 2547 del Código Civil italiano de 1942. Normas aPlicables.- Las sociedades de aseguradoras mutuales están sujetas a las autorizaciones, a la vigilancia y a los controles establecidos por las leyes especiales sobre el ejercicio del seguro, y se regulan por las normas establecidas para las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada, en cuanto sean compatibles con su naturaleza".
El nuevo texto incorporado por el artículo 8 de los D.Lgs. del 17 de enero del 2003, n. 6, Reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capitales y sociedades cooperativas, en ejecución de la Ley del 3 de octubre del 2001 , n. 366 señala en el artículo 254710 siguiente: "Normas aplicables.- Las sociedades de aseguradoras mutuales están sujetá.s a las autorizaciones, a la vigilancia y a los controles establecidos

por las leyes especiales sobre el ejercicio del seguro, y se regulan por las normas establecidas para las sociedades cooperativas, en cuanto sean compatibles con su naturaleza".

(NPI3) [N. de los P.] "Artículo 2702 del Código Civil italiano de 1942. Eficacia del documento privado.- El documento privado hace plena prueba, mientras no se formule querella de falsedad, en cuanto a la procedencia de las declaraciones de quien reconoce su firma del documento producido, o bien si ésta es legalmente considerada como reconocida".

(NP14) [N. de los P.] "Artículo 1350 del Código Civil italiano de 1942. Actos que deben realizarse por escrito.- Deben efectuarse por escritura pública o por documento privado, bajo sanción de nulidad: .

1) Los contratos que transfieren la propiedad de bienes inmuebles.

2) Los contratos que constituyen, modifican o transfieren el derecho de usufructo sobre bienes inmuebles, el derecho de superficie, el derecho del enajenante de bienes inmueble s y del enfiteuta.

3) Los contratos que constituyen la comunión de derechos indicados en los numerales precedentes.

4) Los contratos que constituyen o modifican las servidumbres prediales, el derecho de uso sobre bienes inmueble s y el derecho de habitación.

5) Los actos de renuncia de los derechos indicados en los numerales precedentes. 6) Los contratos de redención del fundo enfitéutico.

7) Los contratos de anticresis.

8) Los contratos de locación de bienes inmuebles por una duración superior a nueve años.

9) Los contratos de sociedad o de asociación con los cuales se confiere el uso y disfrute de bienes inmuebles o de otros

derechos reales inmobiliarios por un tiempo que exceda los nueve años o por un tiempo indeterminado.
10) Los actos que constituyan rentas perpetuas o vitalicias, sin perjuicio de las disposiciones relativas a las rentas del, Estado.
11) Los actos de división de bienes inmuebles y de otros derechos reales inmobiliarios.
12) Las transacciones que tienen por objeto controversias relativas a las relaciones jurídicas mencionadas en los numerales precedentes.
13) Los demás actos específicamente indicados por la ley".
(NPI5) [N. de los P.] "Artículo 2703 del Código Civil italiano de 1942. Firma autenticada.- Se tiene por reconocida la firma autenticada por el notario o por otro funcionario público autorizado para ello.
La autenticación consiste en la verificación por parte del funcionario público de que la firma ha sido puesta en su presencia. El funcionario público debe comprobar previamente la identidad de la persona que firma".
(NPI6) [N. de los P.] "Artículo 2657 del Código Civil italiano de 1942. Título para la inscripción.- La inscripción no se puede realizar sino en virtud de sentencia, de la escritura pública o de la escritura privada con firma autenticada o comprobada judicialmente.
Las sentencias y los actos procedentes de países extranjeros deben ser legalizados".
(NPI7) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 2674 del Código Civil italiano de 1942. Prohibición de rechazar las actos del propio oficio.- El registrador de la propiedad puede negar a recibir las notas y los títulos, si no están en carácter inteligible; y no puede recibidos cuando el título no tiene los requisitos establecidos por los artículos 2657, 2660, primer párrafo, 2821, 2835, y 2837".

El texto ha sido modificado por el artículo 5 de la Ley del 27 de febrero de 1985, n. 52:
"Primer párrafo del artículo 2674 del Código Civil italiano de 1942. Prohibición de rechazar las actos del proPio oficio.- El registrador de la propiedad puede negarse a recibir las notas y los títulos, si no están en carácter inteligible; y no puede recibirlos cuando el título no tiene los requisitos establecidos por los artículos 2657, 2660, primer párrafo, 2821, 2835, Y 2837 o no ha presentado conforme a las modalidades previstas en el artículo 2658 y cuando la nota no contiene las indicaciones prescritas en los artículos 2659,2660 Y 2839, numerales 1,3,4 Y 7".
(NPI8) [N. de los P.] "Artículo 2835 del Código Civil italiano de 1942. Inscripción en base de docurrumto privado.- Si el título para la inscripción resulta dedocumento privado, la firma de quien ha concedido la hipoteca debe ser autenticada o verificada judicialmente.
El solicitante debe presentar el documento original o, si se halla depositado en un archivo público o en el protocolo de un notario, una copia autenticada con certificación de que concurren los requisitos antes indicados.
El original o la copia queda en depósito en la oficina de los registros inmobiliarios" .

(NPI9) [N. de los P.] "Artículo 1543 del Código Civil italiano de 1942. Formas.
La venta de una herencia debe hacerse por acto escrito, bajo sanción de nulidad.
El vendedor está obligado a prestarse a los actos que sean necesarios por su
parte para hacer eficaz, frente a los terceros, la transmisión de cada uno de los derechos comprendidos en la herencia".

(NP20) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1978 del Código Civil italiano de 1942. Forma.- La cesión de los bienes se debe hacer por escrito, bajo pena de
nulidad".
[A. de los P.] "Primer párafo del artículo 1207 del Código Civil peruano.- La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad".
(NP21) [N. de los P.] "Artículo 2821 del Código Civil italiano de 1942. Concesiónde hipoteca.- La hipoteca se puede conceder también mediante declaración unilateral. La concesión debe hacerse por escritura pública o por escritura privada, bajo
sanción de nulidad.

[A. de los P.] "Artículo 1098 del Código Civil peruano.- La hipoteca se cons
tituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley".

"Artículo 1099 del Código Civil peruano.- Son requisitos para la validez de la
hipoteca:

1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto
conforme a ley.

2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determi
nable.

3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscri
ba en el registro de la propiedad inmueble".
(NP22) [N. de los P.] "Artículo 1351 del Código Civil italiano de 1942. Contrato preliminar.- El contrato preliminar es nulo si no es hecho de la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo".

[A. de los P.] "Artículo 1425 del Código Civil peruano.- Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad".

(NP23) [N. de los P.] "Artículo 2739 del Código Civil italiano de 1942. Objeto.- El juramento no puede ser dado o referido para la decisión de causas relativas a derechos de los cuales las partes no pueden disponer, ni sobre un hecho ilícito o sobre un contrato para la validez del cual se exija la forma escrita, ni para negar un hecho que según una escritura pública resulte realizada en presencia del funcionario público que ha formado el acto mismo.

Eljuramento no puede ser dado más que sobre un hecho propio de la parte a la que se defiere o sobre el conocimiento que ella tenga de un hecho ajeno, y no puede ser referido cuando el hecho que es objeto deljuramento no sea común a ambas partes".

(NP24) [N. de los P.] "Artículo 2714 del Código Civil italiano de 1942. Copias de escrituras públicas.- Las copias de las escrituras públicas expedidas en las formas prescritas por los depositarios públicos autorizados, dan fe igual que el original.

La misma fe tienen las copias de copias de las escrituras públicas originales, expedidas por depositarios públicos de ellas, autorizados para expedidas".

(NP25) [N. de los P.] "Numeral 3 del artículo 2724 del Código Civil italiano de 1942. Excepciones a la prohibición de la prueba testimoniaL- La prueba por testigos es admitida en todo caso: Cuando el contratante ha perdido sin su culpa el documento que le proporcionaba la prueba".

(NP26) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 2725 del Código Civil italiano de 1942. Actos respecto de los cuales se exige la prueba por escrito o la forma escrita.- La misma

razón se aplica en los casos en los que la forma escrita se exige bajo sanción de nulidad".

(NP27) [N. de los P.] "Artículo 2725 del Código Civil italiano de 1942. Actos respecto de los cuales se exige la prueba por escrito o la forma escrita.- Cuando según la ley o la voluntad de las partes, un contrato debe ser probado por escrito, la prueba por medio de testigos se admite solamente en el caso indicado por el numeral 3 del artículo anterior.

La misma razón se aplica en los casos en los que la forma escrita se exige bajo sanción de nulidad".

(NP28) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 2729 del Código Civil italiano de 1942. Las presunciones no se pueden admitir en los casos en que la ley excluye la prueba por testigos".

(NP29) [N. de los P.] "Artículo 1888 del Código Civil italiano de 1942. Prueba del contrato.- El contrato de seguro debe ser probado por escrito.

El asegurador está obligado a librar al contratante la póliza de seguro u otro documento suscrito por él.

El asegurador está también obligado a librar, a petición y a costa del contratante duplicados o copias de la póliza; pero en tal caso puede exigir la presentación o la restitución del original".

(NP30) [N. de los P.] "Artículo 1928 del Código Civil italiano de 1942. Prueba.Los contratos generales de reaseguros relativos a una serie de relaciones asegurativas deben probarse por escrito.

Las relaciones de reaseguros en ejecución de los contratos generales y los contratos de reaseguros por riesgos singulares pueden ser probados según las reglas generales". .

(NP3I) [N. de los P.] "Artículo 1967 del Código Civil italiano de 1942. Prueba.La transacción debe probarse por escrito,

quedando firme lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 1350".
[A. de los P.] "Artículo 1304 del Código Civil peruano.- La transacción debe hacerse por escrito, b.yo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio" .
(NP32) [N. de los P.] "Artículo 2556 del Código Civil italiano de 1942. Empresas sujetas a registro.- En cuanto a las empresas sujetas a registro, los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad o el goce de la hacienda deben probarse por escrito, salvo la observancia de las formas establecidas por la ley para la transferencia de los bienes singulares que componen la hacienda o por la particular naturaleza del contrato.
Los expresados contratos deben ser denunciados por las partes para la inscripción en el registro de las empresas, dentro del plazo de treinta días contados desde su celebración".
Por el artículo 6 de la Ley del 12 de agosto de 1993, n. 310 se modificó el segundo párrafo en los siguientes términos:
"Los contratos referidos en el primer párrafo, en forma pública o por escritura privada autenticada, deben ser depositados para la inscripción en el registro de empresas, en el plazo de 30 días, a cargo del notario otorgante o autenticante".
(NP33) [N. de los P.] "Artículo 1846 del Código Civil italiano de 1942. Disponibilidad de las cosas dadas en prenda.- En el anticipo bancario sobre prenda de títulos o de mercaderías, el Banco no puede disponer de las cosas recibidas en prenda, si ha librado un documento en el cual las cosas son individualizadas. El pacto en contrario debe ser probado por escrito".
(NP34) [N. de los P.] "Artículo 2096 del Código Civil italiano de 1942. Asunción en prueba.- Salvo disposición diversa ["de las normas corporativas"], la asunción del prestador

de trabajo por un período de prueba debe resultar de acto escrito.
El empresario y el prestador del trabajo están respectivamente obligados a consentir y a hacer el experimento que constituye objeto del pacto de prueba.
Durante el período de prueba cada una de las partes puede separarse del contrato sin obligación de preaviso o de indemnización. Pero si la prueba se establece por un tiempo mínimo necesario, la facultad de desistimiento no puede ejercitarse antes del vencimiento del plazo.
Cumplido el período de prueba, la asunción se hace definitiva y el servicio prestado se computa en la antigüedad del prestador de trabajo".
(NP35) [N. de los P.] "Artículo 2581 del Código Civil italiano de 1942. Transferencia de los derechos de uso.- Los derechos de uso son transferibles.
La trasferencia por acto entre vivos debe ser probada por escrito".
(NP36) [N. de los P.] "Artículo 2596 del Código Civil italiano de 1942. Límites contractuales de la competencia.- El pacto que limita la competencia debe ser probado por escrito.
El mismo es válido si se circunscribe a una determinada zona o a una determinada actividad, y no puede exceder de la duración de cinco años.
Si la duración del pacto no está determinada o se halla establecida por un período superior a cinco años, el pacto es válido por la duración de un quinquenio".
()O¡P37) [N. de los P.] "Artículo 1352 del Código Civil italiano de 1942. Formas convencionales.- Si las partes han convenido por escrito que adoptarán una determinada forma para la celebración futura de un contrato, se presume que la forma se establece para la validez del mismo".

[A. de los P.] "Artículo 1411 del Código Civil peruano.- Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad".
(NP38) [N. de los P.] "Artículo 1372 del Código Civil italiano de 1942. Eficacia del contrato.- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley.
El contrato no produce efectos respecto de los terceros en los casos previstos por la ley".
[A. de los P.] "Artículo 1363 del Código Civil peruano.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles".
(NP39) [N. de los P.] "Cuarto párrafo del artículo 1326 del Código Civil italiano de 1942. Cuando el oferente requiere una forma determinada para la aceptación, ésta no tiene efecto si es realizada de una forma diversa".
[A. de los P.] "Artículo 1378 del Código Civil peruano.- No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente".
(NP40) [N. de los P.] "Artículo 2704 del Código Civil italiano de 1942. Fecha dRl documento privado respecto dR los terceros.- La fecha del documento privado cuya firma no ha sido auténtica no es cierta y computable respecto a los terceros, sino desde el día en que el documento ha sido registrado o desde el día de la muerte o de la sobrevenida imposibilidad física de aquel que lo ha firmado o de uno de aquellos que lo han firmado, o desde el día en que el contenido del documento se produce en escrituras públicas o, finalmente, desde el día en que se verifica otro hecho que establezca de un modo igualmente cierto la anterioridad de la formación del documento.

La fecha del documento privado que contiene declaraciones unilaterales no destinadas a persona determinada, puede ser establecida por cualquier medio de prueba.
Para la determinación de la fecha en los recibos, eljuez teniendo en cuenta las circunstancias, puede admitir cualquier medio de prueba".
(NP41) [N. de los P.] "Artículo 2697 del Código Civil italiano de 1942. Carga dR la prueba.- Quien quiere hacer valer un derecho enjuicio debe probar los hechos que constituyen su fundamento.
Quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales se funda la excepción".
(4) Véase, por todos: Corte de Casación, sentencia n. 1236, del 19 de abril de 1972, en "Il faro italiano", 1972, 1, col. 2839.
(5) Corte de Casación, sentencia n. 1106, del 30 de abril de 1966, en "Giurisprudenza italiana: Massimario", col. 490.
Una norma similar está en el artículo 196 del Código Procesal Civil peruano.Carga dR la prueba.- "Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".
(2) C. GRASSETTI, L 'interpretazione dRl negozio giuridico, Padua, 1938, p. 107, en cambio, escribe que "el intérprete está llamado a reconstruir, hasta donde sea posi
ble, la voluntad de las partes en concreto, es decir aquella que ellas han efectivamen te deseado [.. .] " .
(3) G. Osn, voz "Contratto", en Novissimo, digo it, cit., p. 521.
(6) N. IRTI, La ripetizione del negozio giuridico, cit., p. 13, identifica,justamente, la forma con la declaración representativa.

(7) C. GRASSETII, op. ult. cit., p. 36, escribe, exactamente, que la interpretación de los contratos es determinación de su contenido.
(8) N. IRTI, op. cit., p. 10, ve precisamente en el significado el momento inmaterial que la forma conserva en sí.

CAPÍTULO I

Interpretación del contrato

1. La interpretación jurídica en general: en particular sobre la unidad del concepto de interpretación jurídica

En el campo jurídico, el problema de la interpretación concier ne, por igual, al contrato, al negocio en general y a la ley.

En todos los casos, como se concuerda en admitir, el procedimiento interpretativo tiene la función de buscar y descubrir una voluntad: la voluntad del legislador o del testador o de los contratantes, manifestada, respectivamente, en la ley, en el testamento, en el contrato.
La doctrina tradicional introduce una clara distinción entre interpretación de la ley e interpretación del negocio jurídico, y, por lo tanto, del contrato.
Cuando se afirma que la interpretación de la ley apunta a la búsqueda de la voluntad del legislador, no se piensa en una figura. real, sino en una figura mítica.
El legislador no es el parlamentario en singular; no son los parlamentarios los que han aprobado la ley, sino el ordena-

miento jurídico, que es personificado de tal modo. Por lo tanto, la voluntad del legislador es apreciada como voluntad objetiva, como voluntad constante, no como voluntad de personas físicas detenninadas. Se habla también de "voluntad del Estado", de voluntad de la colectividad.

La interpretación del negocio jurídico es entendida por la doctrina tradicional, fiel al dogma de la voluntad, como una búsqueda de la voluntad interna o subjetiva de las partes. A nuestro parecer, esta tesis no puede ser compartida porque un negocio, un contrato puede existir, y puede existir válidamente, aun en ausencia de una voluntad interna (piénsese en la hipótesis de la reserva mental, o en la del error obstativo no reconocible). Ahora bien, si la interpretación tuviera como objeto la voluntad interna, ella no sería posible en ausencia de tal voluntad, porque faltaría el objeto sobre el cual tiene que realizarse. Pero a través del negocio jurídico, como ya se ha anotado, incluso cuando falta la voluntad real, hay una voluntad que creada o impuesta, a saber, la voluntad objetiva, los mandatos
jurídicos contenidos en el negocio, los compromisos asumidos por las partes. Estos últimos son esenciales para la existencia del negocio. En cambio, no es esencial, sino sólo normal, que esta voluntad objetiva, estos mandatos, expresen una correspondiente voluntad interna o psicológica. La interpretación del negocio en general, y del contrato en especial, debe, por lo tanto, encaminarse hacia la búsqueda de la voluntad objetivada en el negocio y en el contrato, y no a la búsqueda de la voluntad subjetiva de las partes, del mismo modo que la interpretación de la leyes búsqueda, no de la voluntad de los particulares, que han contribuido a formarla, sino de la voluntad objetivada en ella(l).

El negocio es un hecho "significativo", es decir, un hecho al cual se confía una idea, un mensaje. El intérprete debe saber "leer" el hecho, extraer su mensaje, la idea que incorpora. Aquí la idea es representada por la norma, y, por lo tanto, por los derechos, deberes, poderes, que se desarrollan a partir de ella. La interpretación jurídica, es decir, la interpretación de fuentes normativas (entre las cuales se encuentra el contrato), tiende, precisamente, a la reconstrucción de estos derechos, deberes, poderes, que son la idea que el hecho expresa. La interpretación del contrato es, en otros términos, determinación de los efectos jurídicos que él concreta y produce(2).
En realidad, así como la voluntad del legislador no se identifica con la voluntad real de ningún sujeto, y tampoco con la voluntad del sujeto-Estado -el cual, por no ser persona física, no puede tener una voluntad en sentido psicológico-, sino con la voluntad objetiva o normativa de la ley, de igual forma la voluntad contractual no es, a nuestro parecer, más que la voluntad normativa u objetiva del contrato. Dicha voluntad, como se ha anotado al inicio, es, para nosotros, fuente de normas jurídicas no diversas de la ley. En la ley, como en el contrato, existe un contenido normativo, que el intérprete tiende, precisamente, a descubrir y a poner en evidencia. El procedimiento interpretativo es de tal carácter, en su finalidad, que presupone, claramente, la existencia, tanto en la ley cuanto en el negocio jurídico, de una voluntad objetiva, es decir, de normas jurídicas, cuya exacta individualización representa, ni más ni menos, su propósito típico y esencial. La interpretación en el campo jurídico apunta siempre, y únicamente, a fijar el tenor y el alcance de los mandatos jurídi
cos, y, por consiguiente, de los derechos, de los deberes, de las facultades, etc. que derivan de él; y el mandato jurídico, ya sea negocial o legal, es siempre una voluntad objetiva.

Recientemente, se ha considerado que hay que abandonar el principio según el cual la interpretación es búsqueda de una voluntad, para acoger el principio de que la interpretación es determinación del significado jurídico de la manifestación de voluntad (3) .
Ahora bien, esta última opinión parece no tener en cuenta el hecho de que puede hablarse de "voluntad", por lo menos, en dos sentidos: por un lado, el de voluntad interna o psicológica, y por otro, el de voluntad normativa u objetiva, de mandato jurídico. Si se adopta esta segunda acepción, se puede seguir afirmando que la interpretación es búsqueda de voluntad, y, al mismo tiempo, determinación del significado jurídico de la manifestación o declaración. No se ve, en efecto, cómo es que el significado de una manifestación de voluntad tendría que ser algo diferente de la voluntad. Interpretar una manifestación de voluntad no puede significar sino una búsqueda de la voluntad manifestada.
Lo importante es tener presente que esta voluntad, objetivada o incorporada en la manifestación, no siempre coincide con la voluntad interna del autor de la manifestación misma (coincidencia que deviene mucho más problemática cuando la manifestación proviene de varios sujetos, como ocurre en el contrato), y, de todas formas, siempre es una cosa distinta de esta última.
Se afirma, de tal manera, una concepción unitaria de interpretación jurídka: una concepción que tiene significativa confirmación en el hecho de que los más agudos estudiosos de la interpretación del contrato coincidan en concluir que aquí los principios fundamentales aplicables son los mismos de la interpretación de la ley.

2. Interpretación sistemática y analogía

Indudablemente, no existe plena identidad. En el ámbito de la ley, por ejemplo, opera el criterio de la interpretación sistemática, según el cual la singular norma, la singular ley, es ubicada e interpretada en el complejo marco del conjunto de todas las leyes y de los principios que constituyen la osamenta del ordenamiento jurídico, concebido como una unidad. Ahora bien, tal criterio de interpretación se aplica también al contrato, pero aquí opera sólo al interior del contrato específico (el criterio de interpretación sistemática es introducido en el campo contractual por el artículo 1363(NPl) del Código Civil, donde se establece que las cláusulas del contrato se deben interpretar unas por medio de otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulta del acto en su conjunto).
Ello no es consecuencia de la "autonomía" de las normas negociales, a ser entendida en el sentido de la inexistencia de nexos lógicos entre las normas pertenecientes a distintos negocios, y entre estas normas y las no-negociales, es decir, las normas de formación pública.
La unidad orgánica representada por el conjunto de las nor mas no-negociales, o normas de formación pública, se refleja, por lo tanto, en los mismos principios que regulan su interpretación. Tal organicidad no se refiere a los negocios jurídicos, a causa de la individualidad de los fines perseguidos.
El recurso a la analogía (la llamada analogia legis) (artículo 12, segundo párrafo, de las disposiciones preliminares (NP2) del Código Civil), así como el recurso a los "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado" (la llamada analogia iuris) (artículo citado) tienen justificación propia sólo si se reconoce la unidad del todo; por tal razón, sólo pueden admitirse en el campo de la interpretación de la ley, donde se presupone la existencia de un sistema gober~ado por ciertos principios que constituyen su conectivo; se supone que existe,

entre norma y norma, entre ley y ley, un intercambio continuo, un mutuo aporte o una especie de ósmosis. Las normas nonegociales, es decir, las de formación pública, se completan, se integran unas con otras, colaboran para un único fin.
Por el contrario, los distintos negocios jurídicos, con su contenido normativo, forman sistemas cerrados, microcosmos, que también hallan en sí mismos una plenitud interpretativa. Se explica, así, por qué la interpretación analógica y la sistemática no son admitidas, para las normas negociales, si no es al interior del negocio en particular(4). No tendría justificación un procedimiento interpretativo de un negocio que implicara el recurso a normas contenidas en otro negocio, aunque éste fuera realizado por las mismas partes; ello se debe, precisamente, a que todo negocio forma, de por sí, una unidad.
Las peculiaridades del negocio jurídico y del contrato, y en particular, la autonomía de propósitos y de fines de los cuales cada negocio o contrato está dotado, pueden dejar de influir en su interpretación; ello no quita que las normas negociales sean normas jurídicas al igual que las normas legales, ni que la interpretación deba orientarse a buscar, así en el negocio como en la ley, una voluntad objetiva o normativa, y ya no la voluntad real o psicológica de determinados sujetos.

3. Visiones unilaterales y fragmentarias del negocio jurídico y sus repercusiones en el concepto de interpretación

En cambio, aquellos que no ven en el negocio jurídico otra cosa que la hipótesis de hecho [fattispecie] de una norma legal, deben desmenuzar el concepto de interpretación jurídica, y constatar que "el fenómeno hermenéutica en el campo de los actos jurídicos no se adapta, como es obvio, a la interpretación de la norma" (5) .

En el campo del negocio jurídico, la interpretación es usualmente concebida como determinación de las consecuencias jurídicas de cierta hipótesis de hecho [fattispecie]; por lo tanto, ni siquiera
se puede afirmar, con propiedad, que la interpretación tenga por objeto al negocio, sino más bien, a la ley, porque es en la norma legal donde están definidas las consecuencias jurídicas del negocio, considerado como mera hipótesis de hecho [fattispecie].

En cambio, si el negocio y el contrato son asumidos como fuentes normativas, que contienen normas, y que, por lo tanto, plasman efectos jurídicos, entonces, la interpretación del negocio y del contrato se identifican con la determinación de su contenido normativo, y se trata de interpretación jurídica, al igual que la interpretación de la ley. La interpretación se refiere al contrato como norma. Si se la concibe sólo como hecho o hipótesis de hecho [fattispecie], deja de tener sentido hablar de interpretación Uurídica) del contrato en cuanto tal.

A nuestro parecer, la norma es el propósito y la meta de la actividad interpretativa en el campo jurídico, y no es dado distinguir entre interpretación de la ley e interpretación del contrato, que son más bien hechos, pero hechos normativos.
Se puede afirmar que la interpretación jurídica es normativa en tanto busca descubrir la norma, es decir, la voluntad objetiva, que es llevada por el texto de la ley o por la declaración negocia!.

La interpretación tiene una función de reconocimiento de la norma. El procedimiento interpretativo tiene, en otras palabras, un carácter y una función cognoscitiva o declarativa, y por lo tanto, no creativa, como también se afirma. Para el

jurista, en efecto, el ordenamiento está hecho para conocerlo tal cual es; no se trata de crearlo, aunque sea cierto que a través de la interpretación el intérprete revive, y en cierto sentido recrea, entonces, la norma.

El intérprete no opera sobre las normas ni sobre un sistema de normas: opera sobre las fuentes normativas, es decir, sobre la ley, sobre el negocio, sobre el contrato, sobre el reglamento, etc. La fuente no es la norma, el texto no es la norma, del mismo modo en que el continente no es el contenido, o en que la forma no es la sustancia; y nosotros siempre, frente a una fuente normativa, debemos buscar la norma, es decir, revelar su contenido (de la fuente), extraer y sacar a la luz su sustancia (aquello que está debajo).
El resultado más importante de la concepción fragmentaria o unilateral del negocio, y en particular del contrato, como hecho o hipótesis de hecho [fattispecie], con la consiguiente cancelación de su contenido normativo, ha sido, sin duda, la degradación de la interpretación del negocio y del contrato al nivel de una mera cuestión de hecho. Tal, en efecto, es la interpretación del contrato de acuerdo con la jurisprudencia, absolutamente consolidada, y que no admite, por lo tanto, la revisión de la Corte de Casación (cfr. artículo 360 del Código Procesal Civil).

Por otro lado, se considera que la violación y la falsa aplicación de las normas sobre la interpretación de los contratos, por ser verdaderas normas jurídicas impuestas por el legislador, son susceptibles de ser demandadas en vía casatoria. A nuestro parecer, este principio, afirmado tras una antigua polémica, ha terminado quitando todo valor práctico a la afirmación de que las cuestiones relativas a la interpretación de los contratos son cuestiones de hecho. En realidad, es

imposible concebir una interpretación errada de un contrato que no represente, al mismo tiempo, violación o falsa aplicación de las normas legales interpretativas, que ahora examinaremos(6).
Se podría replicar que la Corte de Casación debe sólo controlar el procedimiento seguido, los principios aplicados, para llegar a cierta interpretación, pero no' el resultado de la interpretación, aisladamente considerado. Se mantendría en el campo de la interpretación contractual, por lo tanto, también un sector que escapa de la revisión por parte de la Corte.

Creemos que este último resalto no es fundado. Una interpretación, en cuanto tal, no nos ofrece medios o instrumentos parajuzgar su exactitud. Así como no se puede juzgar la licitud o ilicitud de una acción, si no en relación con una norma, tampoco se puede juzgar la exactitud o no exactitud de una interpretación, si no es con referencia a las normas que regulan la actividad interpretativa, si se quiere mantener firme el principio de que la interpretación es una actividad regulada por el derecho, y de que las normas sobre la interpretación son verdaderas normas jurídicas. Si el intérprete ha obedecido las normas interpretativas, la interpretación (como resultado) no puede ser sino justa. Si la interpretación (como resultado) no es justa, ello significa que el intérprete ha violado normas interpretativas.
La interpretación del contrato, siempre que sea realizada con respeto a los criterios legales de hermenéutica, no es revisable en casación; ello no se debe a que se trate de una situación de hecho
(como repetidamente y sin cansancio señala la misma Corte: véase, por todas, la sentencia n. 1165, del 23 de abril de 1974, en "Giurisprudenza italiana", 1975,1,1, col. 512), sino a que se trata de la interpretación justa.

4. La interpretación del contrato en la regulación del Código Civil

Los criterios con los cuales deben ser interpretados los contratos están formulados en los artículos 1362 a 1371 del Código Civil vigente. Como se acaba de señalar, la jurisprudencia es concordante en reconocer en tales disposiciones normas jurídicas propiamente dichas, cuya violación es revisable en Casación. Esta opinión es compartida por la doctrina predominante, aunque no falta quien reconoce en las normas sobre la interpretación la enunciación de reglas lógicas que el intérprete debería seguir aun en ausencia de una codificación formal de las mismas(7).

Tradicionalmente, las normas sobre la interpretación de los contratos se distinguen en dos categorías: en una se comprenden las normas de la llamada "interpretación subjetiva" o "histórica", en tanto se asumen como dirigidas a individualizar la efectiva voluntad de las partes; en la otra se comprenden las normas de la llamada "interpretación objetiva" o "ahistórica" o "integradora", en tanto dirigida a atribuir un significado a aquellos pactos que se consideran dudosos o ambiguos por no haber sido posible individualizar la efectiva intención de las partes(8). Un reflejo de dicha distinción se encuentra en
el orden en que las normas sobre la interpretación del contrato han sido dispuestas en el Código Civil. En efecto, también a partir de lo que consta en la Relazione que acompaña al Código, se comprenden 'en la primera categoría las reglas f~adas en los artículos 1362 a 1365; en la segunda, las normas f~adas en los articulo s 1367 a 1371. El artículo 1366, finalmente, se presentaría como un "punto de unión" entre los

dos grupos de normas. No faltan, sin embargo, dudas sobre la asociación de ciertas normas con una u otra categoría, y se proyectan, así mismo, ulteriores subdistinciones, sobre las cuales no conviene detenernos en esta oportunidad.
Sí es de interés, por el contrario, indicar que, según las tesis que hemos enunciado, la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva, en los términos que se acaban de recordar, no tiene fundamento, en tanto el intérprete debe buscar en todos los casos, no la voluntad subjetiva, es decir, la voluntad interna de los singulares contratantes, sino siempre, y solamente, la voluntad del contrato: su significado normativo u objetivo. Todas las normas de interpretación de los contratos son, desde este punto de vista, normas de interpretación objetiva.
Es en el ámbito de la prueba, y no ya de la interpretación, en la que se puede admitir la búsqueda (prueba) de la voluntad interna o real de los contratantes, la cual también puede tener una relevancia interpretativa, en cuanto criterio subsidiario para la elección entre diversas interpretaciones del significado del contrato objetivamente considerado. justificadamente, la Corte de Casación habla, al respecto, de verificación de circunstancias que aclaran el contenido negocial, en cuanto susceptible de diversas interpretaciones; y se admite, entonces, el recurso a tales circunstancias como instrumento interpretativo subsidiario [Corte de Casación, sentencia, n. 3236, del 27 de noviembre de 1973, en "Il foro italiano: Repertorio", 1973, voz Prova testimonia le, n. 15; sentencia n. 3058, del 16 de noviembre de 1973, en "Giurisprudenza italiana", 1971,1,1, col. 1504].

Un desmentido a nuestras tesis es el que se ha pretendido reconocer en lo dispuesto en el artículo 1362, primer párrafo (NP3) , según el cual, "al interpretar el contrato se debe inda-

gar cuál ha sido la común intención de las partes, y no limitarse al sentido literal de las palabras". Esta norma, donde se define uno de los pilares de la interpretación subjetiva, parece, a primera vista, referida a una exigencia de búsqueda de la voluntad interna de los contratantes: pero la primera impresión se revela rápidamente como errada(9).
Efectivamente, dado que en el contrato nos encontramos, por lo menos, frente a dos sujetos, tendremos, como mínimo, dos esferas psicológicas a sondear, dos voluntades a tomar en consideración. Pero ¿cuál de las dos voluntades se deberá elevar al nivel de voluntad contractual? Es claro que no se podrá asumir como talla intención de un contratante, y tampoco se podrá asumir la intención de ambos, porque, por lo demás, estas intenciones podrían ser diversas, a pesar de que el contrato se haya celebrado (por ejemplo, en la hipótesis prevista en el artículo 1433(NP4)).

Se deberá tener en cuenta más bien "la intención común de las partes", como se dispone en el artículo 1362, es decir, la intención vista como el punto de encuentro y de combinación de dos voluntades separadas: ahora bien, en el encuentro de voluntades, el acuerdo no puede producirse entre intenciones que se mantienen internas o secretas, ya que, para encontrarse, dos voluntades deben exteriorizarse, y, por lo tanto, objetivarse. La intención común es un concepto que alude, no a las voluntades internas o psicológicas de las partes, sino a las voluntades manifestadas y objetivadas en el contrato, en el acuerdo.
En otras palabras, la voluntad común, objeto o fin de la interpretación del contrato, no puede ser la que emerge de una búsqueda o investigación de carácter psicológico, porque tal búsqueda o investigación no puede llevar al descubrimiento de la voluntad del particular, la cual es siempre irrelevante, al

menos en vía directa, para efectos de la interpretación del contrato (lO). Voluntad común no es, por lo tanto, la voluntad subjetiva o voluntad verdadera o real, sino la voluntad objetiva o normativa.
De ello deriva que el artículo 1362, al señalar como fin de la interpretación la "común intención de las partes", más allá del sentido literal de las palabras, no establece una contraposición entre voluntad interna y una voluntad declarada, que obligue al intérprete a buscar la primera, antes que la segunda; lo que se hace es contraponer a una mera interpretación literal, una búsqueda del espíritu del contrato: por lo tanto, la contraposición se efectúa entre letra y espíritu, entendido, este último, en el sentido de espíritu de la convención, del contrato, es decir, de su significado más íntimo y verdadero, que se halla bajo la formulación literal, y no en el sentido de intención de los contratantes en particular.
A nuestro parecer, el artículo 1362 no tiene otra función que la de liberar al intérprete de la servidumbre a la letra del contrato, y de ennoblecer su tarea, dirigiéndolo hacia la búsqueda del espíritu que anima la declaración, objetivamente considerada.

5. La declaración y el comportamiento de las partes en la interpretación del contrato

Ha sido objeto de expresa consagración legislativa, en el artícu
lo 1362, segundo párrafo(NP5), la opinión según la cual en la interpretación del contrato, y del negocio jurídico en general, se debe tener en cuenta todo el comportamiento del declarante, y no solamente la declaración. A la luz de las consideraciones expuestas, la norma debe ser entendida con los si-

guientes límites: que las circunstancias externas a la declaración pueden servir para aclarar el significado de ésta; nos pueden ofrecer los medios útiles a emplear en la interpretación de la declaración, es decir, del contrato, que se mantiene, de todos modos, como el único y verdadero objeto de la interpretación.

Por lo tanto, las circunstancias externas no pueden, en ningún caso, superar la declaración; tampoco es lícito reconstruir, sobre la base de tales circunstancias, una voluntad normativa, que no pueda deducirse, en alguna forma, de la declaración.

Ello parece particularmente cierto respecto de los contratos para los cuales la ley prescribe una forma determinada. Si las circunstancias precedentes, concomitantes y aun las subsiguientes pudiesen tener tanta importancia como para llegar a superar directamente la declaración, se lograría eludir, con facilidad, la carga de una forma. Como se ha visto, sin embargo, incluso cuando no existe prescripción de forma, jamás puede faltar una forma; sería un grave error considerar que los negocios no formales pueden realizarse sin la forma; ella es el modo de manifestación de la voluntad negocial, el modo en que se manifiesta el precepto jurídico negocial. Ahora bien, tal manifestación es el único y verdadero objeto de la interpretación, aun cuando elementos y circunstancias que la preceden, acompañan o subsiguen, eventualmente, puedan proporcionar un válido auxilio al intérprete.

A nuestro parecer, no se superan los límites ahora señalados ni siquiera en los casos en los que, a través del examen de los hechos extraños a la declaración, se llega a rectificar el tenor literal de ésta, o, directamente, a integrar una de sus lagunas.

En este último sentido parece orientarse la propia Corte de Casación, cuando reconoce que la valoración del comportamiento global de las partes, incluso del que sea posterior a la celebración del contrato, tiene carácter de regla hermenéutica

subsidiaria, a la cual se puede recurrir sólo cuando el texto del contrato no sea claro [sentencia n. 417, del 15 de febrero de 1972, en "Giurisprudenza italiana", 1973,1, 1, col. 1960; sentencia n. 3058, del 16 de noviembre de 1973, en la misma revista, 1973,1,1, col. 1504](11).

6. Otros principios hermenéuticos del contrato

Las otras normas que son asociadas con la llamada "interpretación subjetiva" del contrato reproducen reglas interpretativas que se consideran comunes a la interpretación de la ley y de los actos normativos en general; ello demuestra, en abundantiam, lo erróneo de la tesis que aquí combatimos.
Como se ha dicho, el artículo 1363 introduce el criterio de la interpretación sistemática en el ámbito del contrato: se ha visto que la interpretación sistemática opera sólo al interior del singular contrato, y que queda impedido el recurso a normas contenidas en otros contratos. El criterio de la llamada "interpretación restrictiva" es regulado en el artículo 1364(NP6), en el que se establece que si las partes han hecho uso de expresiones generales, el contrato no comprende los objetos sobre los cuales las partes se han propuesto contratar. Por las razones antes expuestas, naturalmente, el propósito de las partes de contratar sobre determinados objetos debe manifestarse y resultar de la declaración contractual: debe tratarse de una "decisión común", y, por lo tanto, objetivada en el contrato, aunque sea a través de expresiones muy amplias.
El artículo l365(NP7), en fin, aplica al contrato la regla opuesta de la "interpretación extensiva", y establece que si en el contrato se ha hecho referencia, para explicar un pacto, a un caso específico, dicho pacto también se extiende a los casos no expresados. La extensión debe operarse "razona-

blemente", es decir, según la valoración lógica del contenido de las declaraciones contractuales.
En el artículo 1366(NP8) se dispone que el contrato debe ser interpretado según la buena fe: la norma parece aludir a la buena fe del intérprete, dado que la interpretación es, precisamente, obra del intérprete.
La buena fe constituye un criterio de comportamiento, que debe usarse por quien interpreta el contrato, ya sea que se trate de un tercero, como eljuez, o sea que se trate de las partes mismas. El intérprete debe esforzarse en mantenerse fiel al contrato y en no distorsionar o falsear su significado.
En tal sentido, la norma resulta tan obvia que da la impresión de ser superflua. El intérprete debe interpretar bien. Una mala interpretación, si no infractora de normas interpretativas particulares, no puede dejar de violar este mandato genérico.
Pero tal no es el único sentido de la norma. Ella adquiere particular importancia cuando la interpretación se presenta dudosa y hay varias soluciones igualmente posibles para el intérprete. En ésta hipótesis, el principio de la interpretación según buena fe impone al intérprete adoptar aquella solución que se adecue más
armónicamente con la ley moral, y que haga al reglamento contractual más justo, más equitativo.
Si el contenido del contrato es claro, nadie puede pretender modificarlo recurriendo a esta norma. Pero la claridad también puede faltar porque el reglamento está incompleto, o porque guarda silencio sobre implicancias que parezcan ser lógicas. Dentro de estos límites precisos, debe considerarse correcta la orientación de la Corte de Casación que encuadra el criterio de la buena fe entre los medios interpretativos subsidiarios [sentencia n. 3058, del 16 de noviembre de 1973, en "Giurisprudenza italiana", 1974,1, 1, col. 1504; sentencia

n. 417, del 15 de febrero de 1972, en la misma revista, 1973,1,1, col. 960).

7. La llamada "interpretación objetiva"

No obstante la aplicación de las reglas interpretativas examinadas hasta este punto, pueden subsistir dudas acerca del significado del contrato o de cláusulas precisas del mismo: en particular, puede darse el caso en que diversas interpretaciones parezcan posibles, a pesar del empleo de los medios indicados en las normas antes examinadas.
A fin de que, en la duda, el contrato no quede en todo o parcialmente inoperante, la ley establece particulares reglas para la llamada "interpretación objetiva" o "integradora", las cuales apuntan a resolver las dudas interpretativas a través del recurso de criterios interpretativos que, en la escala de las jerarquías instituidas por la ley, son pospuestas a las normas interpretativas hasta aquí examinadas.
En el artículo 1367(NP9), como resulta del encabezado de la norma, se consagra el llamado "principio de conservación del contrato", al señalarse que, en la duda, el contrato o las singulares cláusulas deben interpretarse en el sentido que les permita tener efecto, antes que en un sentido según el cual no tendrían ninguno. El criterio interpretativo opera en un plano objetivo, con prescindencia de la búsqueda de la voluntad de los contratantes, aunque la norma se funda en la consideración de que, normalmente, los contratantes, con la celebración del contrato, y con la inserción de específicas cláusulas, consideran que realizan algún efecto, siempre que no actúen en broma; de aquí que, en la duda, parezca lógico atribuir al acuerdo su único significado útil. La Corte de Casación ha: afirmado que se puede recurrir al criterio hermenéutica examinado sólo cuando respecto del alcance del contrato o de las

singulares cláusulas contractuales se mantengan dudas o perplejidades, no obstante la búsqueda interpretativa realizada según los principios de la interpretación subjetiva [sentencia n. 417, del 15 de febrero de 1972, en "Giurisprudenza italiana", 1973, 1, 1, col. 960].
Se discute, además, si en caso de duda hay que entender el contrato o la clál,lsula en el sentido con el cual tendría algún efecto, o bien en el sentido con el cual realizaría el máximo resultado útil; todo ello, naturalmente, en la hipótesis en que los significados útiles del contrato o de la cláusula sean dos o más. Algún autor se inclina por la segunda solución, y observa que, de asumirse 10 contrario, "la solución normativa estaría destinada a quedar incompleta, pues faltaría el criterio de elección entre las distintas interpretaciones que, en diversa medida, pueden ser válidas para conservar el contrato"(12).

Pero se manifiesta, en oposición, que la interpretación extensiva del artículo 1367 sería contraria a la ratio de la misma norma, e impediría, también, la aplicación de los demás criterios de interpretación integradora que la ley señala.
En el artículo 1368(NPlO) se dispone que "las cláusulas ambiguas se interpretan según 10 que se practica, generalmente, en el lugar en el cual el contrato es celebrado", y que en los contratos en los cuales una de las partes sea empresario, "las cláusulas ambiguas se interpretan según 10 que se practica generalmente en el lugar donde se encuentra la sede de la empresa". La norma hace referencia a los usos interpretativos, es decir, a la práctica formada en un lugar determinado o en un determinado ambiente de operadores económicos, en relación con el modo de entender determinadas expresiones o cláusulas: los usos interpretativos se distinguen de los usos normativos y de los usos comerciales que operan en función integradora del contrato. Sin embargo, los usos nor-

mativos también pueden ser considerados en función interpretativa.
Se debe subrayar que el criterio territorial del lugar de celebración del contrato, asumido, con carácter general, para la identificación de los usos aplicables, conoce una excepción cuando una de las partes es empresaria. En esta hipótesis, cobra relevancia el lugar donde la empresa tiene su sede, y se considera que ello tiene el fin de asegurar la uniformidad y certeza de contenido a los contratos de empresa.
Un principio de la llamada "interpretación objetiva" es, así mismo, el normado en el artículo 1369(NPll), en virtud del cual, en la duda, el intérprete debe entender las expresiones que pueden tener varios sentidos, en aquel que sea más conveniente a la naturaleza y al objeto del contrato. Algún autor considera que se trata de una disposición referida a la llamada "interpretación subjetiva" (O "histórica"); otros, en cambio, afirman que la norma examinada constituye aplicación de aquel principio general de interpretación, enunciado, en materia de contratos, en el artículo 1362, en el que se dispone que el espíritu prevalece sobre la letra del contrato; o de aquel otro principio, igualmente general, enunciado en el artículo 1366, en el que se dispone que el contrato se interpreta según la buena fe.
En el artículo 1370(NP12) se establece una desviación respecto de las reglas generales sobre la interpretación, según el cual, "las cláusulas insertas en las condiciones generales de contratación o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes, se interpretan, en la duda, en favor del otro". La norma se vincula a las otras ya examinadas, qué regulan el fenómeno de las condiciones generales de contratación (artículos 1341, 1342), Y según la opinión dominante, también tiene como fin la protección del contratante más débil.

Finalmente, en el artículo 1371 (NP13) se establece que, en el caso de oscuridad subsistente del contrato, éste se debe entender en el
sentido menos gravoso para el obligado, si es a título gratuito, y en él sentido que realice el justo equilibrio de los intereses opuestos, si es a título oneroso. El criterio interpretativo, enunciado en el artículo examinado, constituye la extrema ratio, al cual es posible recurrir solamente cuando el significado del contrato se mantenga incierto, no obstante la aplicación de todos los principios de interpretación antes examinados [en tal sentido, véase la sentencia n. 3055, del 2 de octubre de 1968, en "Giurisprudenza italiana", 1970, 1, 1, col. 171].
El artículo parece hacer referencia a una oscuridad insuperable del contrato, pero se debe considerar, con propiedad, que la norma tiene que aplicarse, al igual que las otras reglas de la llamada "interpretación objetiva", no cuando el contrato carezca de todo significado (la indeterminación e indeterminabilidad del objeto llevan a la nulidad del contrato: artículo 1418, segundo párrafo(NP14)), sino cuando existan varias interpretaciones posibles del contrato.

---

(1) L. 'FERRI, L 'autonomia privata, cit., p. 131 Y ss.
(2) Contrariamente: G. ClAN, Forma solenne e interpretazione del negozio, Padua, 1969, p. 46, el cual, después de haber justamente afirmado que interpretar no equivale a verificar los hechos, niega que la interpretación sea determinación de las consecuencias jurídicas.
Exactas consideraciones en N. IRTI, La ripetizione del negozio giuridico, cit., p. 49, donde afirma "que el negocio, una vez realizado[...] está frente al autor como un qué extraño y

objetivo". Y agrega que "El pensamiento, evadido por sí mismo (es decir,

declarado o manifestado), se ha entregado a una forma [...]".
.
También, P. BONFANTE, en "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", 1909, 1, p. 272 (citado por C. Grassetti, L 'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti, cit., p. 109), escribe "que la voluntad, una vez separada de su autor, asume carácter objetivo y una fuerza por la cual la persona a veces menos adecuada para considerarla como auxilio para conocer el valor, es precisamente aquel que la ha emitido". ¡Otro que busca la voluntad subjetiva o real del declarante!
(3) G. ClAN, op. cit., p. 48.
(NPl) [N. de los P.] "Artículo 1363 del Código Civil italiano de 1942. Interpretación integral de las cláusulas.- Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a cada una el sentido que resulta de la integridad del acto".
[A. de los P.] "Artículo 169 del Código Civil peruano.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".
(NP2) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano de 1942. Interpretación de la ley.- Si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición, se considerarán las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso permanece aún en duda, se decide según los principios generales del ordenamie~to jurídico del Estado".

[A. de los P.] "Numerales 8 y 9 del artículo 139 de la Constitución Política peruana de 1993.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las nor
mas que restrinjan derechos.

"Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano.- La ley que esta
blece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

"Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

(4) La exigencia de reconstruir el reglamento negocial "a través de las cláusulas consideradas conjuntamente" es puesta en evidencia por la Corte de Casación, sentencia n. 2589, del 7 de diciembre de 1970, en "Giurisprudenza italiana", 1973, 1, 1, col. 1508.

Una alusión a la interpretación sistemática en tema de contratos (necesidad de valorar el contexto del contrato en su unidad) puede verse en Corte de Casación, sentencia n. 1096, del 17 de abril de 1973, en "Giurisprudenza italiana", 1974, 1, 1, col. 1227; y en la sentencia n. 494, del 27 de febrero de 1971, en la misma revista, 1, 1, col. 1412.

(5) R. SACCQ, Il concetto di interpretazione del diritto, cit., p. 158.

(6) Cuando la Corte de Casación, en su sentencia n. 3055, del 2 de octubre de 1968, en "Giurisprudenza italiana", 1970, 1,

1, col. 171, establece que la interpretación del contrato es revisable en casación sólo en el aspecto de la violación de las normas hermenéuticas, termina admitiendo que ella siempre es revisable. Véase, en el sentido de la sentencia citada, Corte de Casación, sentencia n. 494, del 27 de febrero de 1971, en " Giurisprudenza italiana" 1972,1, 1, col. 412.
De ello se han dado cuenta la doctrina y jurisprudencia francesas, las cuales, para dar efectividad a tal principio, han debido coherentemente considerar las reglas del Código Civil, que involucran la interpretación de los contratos, como simples directivas o recomendaciones. Véase, al respecto: MAzEAUD, Le¡;ons, cit., t. U, vol. 1, p. 289.
(7) Cfr. F. CARRESI, "L 'inte1'jJretazione del contratto ", en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civilé', 1964, p. 552 Y ss.
(8) G. Osn, VOZ "Contratto", cit., p. 521.
(NP3) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1362 del Código Civil italiano de 1942. Intención de los contratantes.- Al interpretar el contrato se debe analizar cuál ha sido la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras" .
[A. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1361 del Código Civil peruano.Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".
(9) Como observa R. SCOGNAMIGLIO, Contratti in generale, cit., p. 177. Más extensamente: L. FERRI, L'autonomia privata, p. 137 Y ss. También A. CATAUDELLA, Sul contenuto del contratto, cit., p. 90, reconoce que la voluntad psíquica no constituye el objeto de la interpretación.
(NP4) [N. de los P.] "Artículo 1433 del Código Civil italiano de 1942. Error en la declaración o la su transmisión de la misma.- Las disposiciones de los artículos precedentes tam-

bién se aplican en el caso en que el error recae sobre la declaración, o cuando la declaración hubiese sido transmitida de manera inexacta, por parte de la persona u entidad que tenía el encargo de hacerla".
[A. de los P.] "Artículo 208 del Código Civil peruano.- Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal
de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como el caso en que la declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo".
(10) VERGA, Errore e risarcimento nella formazione dei contratti, Milán, 1934, p. 103 (citado por C. GRASSETTI, op. cit., p. 111). Correctamente, también, Corte de Casación, sentencia n. 957, del 7 de abril de 1970, en "Giurisprudenza italiana", 1972,1,1, col. 246.
Por el contrario, considera que el artículo 1362 se refiere a una interpretación entendida como búsqueda de una voluntad subjetiva o psicológica, G. MIRABELLI, Dei contratti in generale,cit., p. 204 Y p. 206.
(NP5) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1362 del Código Civilitaliano de 1942. Para detenninar la común intención de las partes, se debe evaluar su comportamiento integral, incluso aquel que es posterior a la celebración del contrato".
(11) Sobre la exactitud de esta posición expresa dudas G. Osn, op. cit., p. 522, nota 4.
(NP6) [N. de los P.] "Artículo 1364 del Código Civil italiano de 1942. Expresiones generales.- Por cuanto generales que fueren las expresiones empleadas en el contrato, éste no

comprende sino los objetos sobre los cuales las partes se han propuesto contratar".

(NP7) [N. de los P.] "Artículo 1365 del Código Civil italiano de 1942. Indicaciones con valor ejemPlificativo.- Cuando en un contrato se ha expresado un caso, con el fin de explicar un pacto, no se presumen excluidos los casos no expresados, a los cuales, con arreglo a la razón, puede extenderse el mismo pacto".

(NP8) [N. de los P.] "Artículo 1366 del Código Civil italiano de 1942. Interpretación de buena fe.- El contrato debe ser interpretado con arreglo a la buena fe".

[A. de los P.] "Artículo 168 del Código Civil peruano.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

(NP9) [N. de los P.] "Artículo 1367 del Código Civil italiano de 1942. Conseroación del contrato.- En caso de duda, el contrato o las cláusulas específicas deben interpretarse en el sentido que les permita tener algún efecto, y no en aquél sentido con el cual no tendrían ninguno".

(12) R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 188.

(NPIO) [N. de los P.] "Artículo 1368 del Código Civil italiano de 1942. Prácticas generales con valor interpretativo.- Las cláusulas ambiguas se interpretan de acuerdo con la práctica general del lugar en el cual el contrato ha sido celebrado.

En los contratos en los cuales una de las partes es un empresario, las cláusulas ambiguas se interpretan según la práctica general del lugar donde la empresa tiene su sede".

(NPII) [N. de los P.] "Artículo 1369 del Código Civil italiano de 1942. Expresiones con varios sentidos.- En la duda, las expresiones que pueden tener varios sentidos
deben ser entendidas en el sentido más conveniente según la naturaleza y el objeto del contrato".

[A. de los P.] "Artículo 170 del Código Civil peruano.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto".
(NPI2) [N. de los P.] "Artículo 1370 del Código Civil italiano de 1942. Interpretación contra el autor de la cláusula.- Las cláusulas incluidas en las condiciones generales de contratación, o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en la duda, a favor del otro".
[A. de los P.] "Artículo 1401 del Código Civil peruano.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra".
(NPI3) [N. de los P.] "Artículo 1371 del Código Civil italiano de 1942. REglas finales.- En todos los casos en que, no obstante la aplicación de las normas contenidas en este capítulo, el contrato siga siendo oscuro, el mismo debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado si el contrato es a título gratuito, y en el sentido en que realice una equitativa armonización de los intereses de las partes si es a título oneroso".
(NPI4) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942. Causas de la nulidad del contrato.- Producen la nulidad del contrato, la falta de alguno de los requisitos indicados por el artículo 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el artículo 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346.
[A. de los P.] "Numeral 3 del artículo 219 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es nulo: Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable" .

8. Interpretación y calificación del contrato

Solamente el contrato, la ley y, en general, las fuentes normativas son susceptibles de interpretación jurídica, porque tienen un significado jurídico, es decir, un contenido normativo; los meros actos jurídicos y en particular los actos ilícitos o los delitos, por carecer, precisamente, de contenido, no pueden ser interpretados. La búsqueda del móvil, es decir, de los motivos que han impulsado al delincuente a realizar el delito, no es interpretación del delito: nadie osaría afirmar ello.
Delitos y contratos pueden, en cambio, constituir objeto de otra operación jurídica: la calificación.
También respecto al contrato existe el problema d~ la calificación, es decir, de su inclusión o subsunción en un tipo legal; es claro, empero, que su no "inclusión" en un tipo legal de contrato, no excluye su carácter contractual ni su validez; en cambio, la no "inclusión" del hecho en una hipótesis de hecho [fattispecie] legal de delito excluye que se trate de delito, por el principio del artículo 1 del Código Penal (nullum crimen sine lege) . En el artículo 1322, primer párrafo (NP15) , del Código Civil, se admite la existencia de contratos atípicos, los cuales no se comprenden en los tipos legales. Estos contratos,' además, deben tener los requisitos indicados en el artículo 1325(NP16) y siguientes; deben, en otras palabras, adecuarse a la categoría general del contrato, tal cual es trazada en el título 11 del libro IV del Código Civil. Un problema de calificación, de subsunción, es también aplicable para los contratos atípicos o innominados, porque estos contratos estarán sometidos a la regulación general del contrato, contenida en el citado título 11 (artículo 1323) (NP17)(13).

Por lo tanto, mientras que el problema de la reconstrucción histórica del hecho (comprendiendo en éste sus componentes internos o psicológicos) y el problema de su calificación jurídica son comunes al contrato y al delito, el problema de la interpretación, en cambio, se refiere sólo al contrato, no al delito.

Según una orientación doctrinal, la calificación no sería más que una fase de la interpretación, la fase preliminar de ésta(l4).

Creo que se puede convenir en que la calificación del contrato también es interpretación, pero es necesario precisar que no es interpretación del contrato. La calificación del contrato es más bien actividad interpretativa, pero de la ley. Si la calificación del contrato fuera interpretación del contrato, también la calificación jurídica de un mero acto, de un hecho criminal, por ejemplo, debería ser considerada interpretación de tal hecho, el cual, obviamente, no es susceptible de interpretación.

Una vez reconstruido el hecho, ya sea que se trate de contrato o de delito, la calificación del mismo es, esencialmente, un problema

de interpretación jurídica: hay que establecer si el hecho puede ser subsumido en la norma, si puede ser encuadrado en el paradigma normativo. Por cuanto el hecho ya está dado, el examen se centra en la norma, para verificar su idoneidad para subsumir el hecho. Siendo una cuestión de derecho, la calificación de un contrato está sujeta, entonces, al control de la Casación.

Las cuestiones de hecho son siempre prejudiciales a las cuestiones de derecho(15). Viceversa, las cuestiones de calificación no son siempre prejudiciales a las de interpretación. Las más de las veces, para calificar un contrato, es decir, para su inserción en un tipo legal de contrato, es necesario interpre-

tarlo prejudicialmente, es decir, establecer qué cosa se manda en él, qué derechos y qué deberes nacen de él (16).
Además, la calificación y la interpretación del contrato son operaciones jurídicas que se distinguen, no por su intrínseca esencia, sino por la diversidad de los puntos de observación. Lo que es calificación para el contrato, deviene interpretación para la ley. Sobre la base del examen y de la correcta interpretación de las normas legales, que regulan la contrata y la compraventa, podemos establecer si cierto contrato se comprende en un tipo o en otrO(17). Ello quiere decir que la calificación del contrato se cumple interpretando la norma legal, en relación con aquel contrato, o sea, reconociendo que la previsión o la hipótesis contenida en la leyes tal que abarca al contrato.
En conclusión, se debe sostener que debe mantenerse la distinción entre calificación e interpretación del contrato(18), sólo en tanto la primera no se comprende en la noción de interpretación del contrato, y no ya porque no sea también interpretación: como se ha observado antes, siempre es una verdadera interpretación la calificación del contrato. No se comprende, en consecuencia, cómo es que la Corte de Casación ha podido afirmar que constituye una apreciación de hecho, reservado al juez de primera instancia, establecer si cierto contrato se debe considerar contrato preliminar o definitivo (19) .

9. Calificación del contrato y "naturalia negotit:"

Una vez calificado el contrato, es decir, individualizado su tipo, se le aplicará la regulación legal del tipo, en tanto ello no se oponga a la voluntad contractual. Las normas supletorias de ley (o, en ausencia de éstas, los usos) se aplicarán entre las partes como si hubiesen sido expresamente citadas

por ellas. Como se ha destacado(2O), el juez o, más en general, el intérprete, cumple una operación lógica, la cual está representada por un silogismo. La ley, al regular el tipo contractual "compraventa", establece que el vendedor está obligado a garantizar al comprador contra la evicción (premisa mayor); Cayo ha vendido una cosa a Ticio (premisa menor); por lo tanto, Cayo está obligado a garantizar a Ticio contra la evicción (conclusión). La garantía por evicción es un efecto natural del contrato de compraventa, que entra en acción cuando las partes no la hayan descartado: es un efecto jurídico del contrato que se logra determinar a través del silogismo. También respecto del delito o del acto ilícito civil puede efectuarse el mismo razonamiento silogístico.
La ley prevé que quien ocasiona un daño, por culpa o dolo, está obligado a resarcir al damnificado (artículo 2043(NP18"); Cayo ha oca
. sionado un daño, por culpa o dolo, a Ticio, ergo está obligado al resarcimiento frente a Ticio (efecto jurídico del acto ilícito). Desde este punto de vista, no existe diferencia entre hecho ilícito y contrato. En el artículo 1173(NP19) se ubica el acto ilícito junto al contrato, entre las fuentes de la obligación.
La diferencia es evidente si se considera que el acto ilícito produce siempre, y solamente, los efectos que la ley le atribuye; en cambio, el contrato produce, ante todo, los efectos que surgen de su contenido normativo, al cual se agregarán los efectos legales previstos para el tipo, si los mismos no son excluidos por las partes. Si yo, por haber tomado en arrendamiento una casa, estoy obligado a pagar periódicamente un determinado alquiler, dentro de una cierta fecha, es porque he asumido este preciso compromiso con la celebración del contrato, el cuales un efecto de la norma contenida en el contrato (lex privata), y no un efecto de la ley, que, por lo

demás, no contiene ni siquiera un explícito mandato de pagar el alquiler, sino que se limita a definir el arrendamiento, descriptivamente, como el
contrato mediante el cual una parte se obliga a ceder el goce de una cosa a la otra parte... por un determinado tiempo, mediante una determinada contraprestación (artículo 1571) (NP20) .
Pero si nada se dice en el contrato sobre el problema del mantenimiento de la casa arrendada, pero resulta necesario efectuar pequeños trabajos de mantenimiento, yo estaré obligado a realizarlos, como inquilino, sobre la base de la norma legal (artículo 1609(NP21"). Este es un efecto legal del contrato, es decir, un efecto que la ley atribuye al contrato; en cambio, el deber de pagar un determinado alquiler dentro del plazo establecido es un efecto de la norma contractual.

Existen, por consiguiente, efectos jurídicos producidos por el contrato, es decir, previstos y regulados (conformados) por sus normas (leges privatae), y efectos jurídicos que la ley atribuye al contrato. En los contratos atípicos o innominados, los efectos jurídicos sólo pueden ser los de la primera especie.
Los efectos de tipo legal (o que derivan por usos) son también efectos del contrato, pero lo son en un sentido distinto de los efectos estrictamente contractuales. Estos últimos son reconstruidos a través de la interpretación del contrato; para los efectos legales, el medio es la interpretación de la ley (o del uso). Por lo tanto, es un grave error considerar que todos los efectos del contrato son atribuidos por la ley; creer que existen solamente efectos legales, como la doctrina italiana imperante parece seguir haciendo, cuando, al distinguir los efectos y el contenido del contrato, afirma que estos son dados por el ordenamiento, que constituyen la respuesta del

ordenamiento al acto de autonomía (21). Es igual de errado afirmar que los efectos son la expresión de la valoración del contrato, realizada por el ordenamiento(22), y hablar de "calificación del hecho como causa de los efectos" (23) .
El vicio de estos últimos planteamientos, tan difundidos entre nosotros, radica en el hecho de concebir el contrato sólo como hecho o hipótesis de hecho [fattispecie], y no, también, como norma.
Los efectos jurídicos (deberes, derechos y modificaciones de estos) son, ciertamente, entidades ideales, que no pueden estar comprendidas en el contrato, si éste sólo se entiende como hecho o hipótesis de hecho [fattispecie]; pero si se considera que el contrato también es norma, se debe reconocer que los efectos contractuales (en sentido estricto) son creación o proyección de la norma contractual. Es verdad que los efectos jurídicos son creación del ordenamiento, pero también el contrato, en cuanto norma, es ordenamiento.

Si habiendo comprado una cierta cosa, yo quedo obligado a pagar un determinado precio al vendedor, ello es porque así se ha establecido en el contrato. En la regulación legal de la compraventa (artículo 1498) (NP22), se señala que el comprador está obligado a pagar el precio, etc.; pero esta norma no entra en acción, es decir, no contiene un mandato, para mí, comprador, ya obligado en virtud de la norma contractual. Alguien podría observar que el mandato de pagar el precio, contenido en el citado artículo, corresponde exactamente a la regla contractual (24), ya que el precio debe ser pagado, no tanto porque así lo han establecido las partes, sino porque lo establece la ley. Pero es fácil destacar que el mandato legal no puede operar frente a mí, en tanto genérico e indeterminado, mientras que el mandato contractual es individual, y, en tal sentido, concreto. La disposición contractual individualiza

la norma legal, pero siempre es norma, y, por lo tanto, ordenamiento. Distinta es la hipótesis en que, por ejemplo, el comprador y el vendedor no establecen nada acerca de los gastos de la compraventa: en dicho caso se aplicará el artículo 1475, en el que se establece que tales gastos corren por cuenta del comprador. El efecto jurídico "deber de abonar los gastos del contrato" es creado por la ley y enlazado con el contrato; el mandato estáen la ley, y sólo en la ley, y es realizable sin ninguna determinación o individualización ulterior. Pero si, por casualidad, las partes hubieren dispuesto algo sobre el punto, y señalado que los gastos gravan al vendedor (y pueden hacerlo, porque el artículo 1475(NP23)contiene una norma supletoria o dispositiva), el efecto jurídico, deber del vendedor de cubrir los gastos, sería, evidentemente, la consecuencia de la norma contractual; consecuencia que no se puede atribuir, de ningún modo, a la ley, porque ésta, es más, dispone lo opuesto. Por lo tanto, y ciertamente, aquí no tenemos una respuesta del ordenamiento (entendido én sentido restrictivo, como ordenamiento legal) al acto de autonomía.

10. Normas supletorias, integración e interpretación del contrato

Cuando se ha realizado un contrato típico o nominado, los efectos jurídicos pueden derivar de los preceptos establecidos por las partes, eventualmente integrados por preceptos legales supletorios. Tal integración constituye una mera eventualidad, porque puede suceder que el reglamento dispuesto por las partes esté completo, y, por lo tanto, no tolere ninguna integración legal. En la mayoría de los casos, tendremos un concurso de normas contractuales y normas legales supletorias, estas últimas, con función subsidiaria e integradora

(artículo 1374(NP24"). Así se realiza una colaboración entre fuente le galo consuetudinaria y fuente contractual (25). Ahora bien, tratándose de fuentes distintas, aun cuando confluyentes, el problema interpretativo se plantea, para cada una de ellas, de manera distinta: tendremos interpretación de la ley, cuando se trate de interpretar normas supletorias legales; tendremos interpretación del contrato, cuando se trate de interpretar normas contractuales. Para la interpretación del primer tipo se aplicarán las reglas de la interpretación de la ley; para la interpretación del segundo tipo, se aplicarán las reglas de l,a interpretación del contrato. La fundamental unidad de la interpretación en el campo juridico no excluye, por cierto, la existencia de problemas particulares y distintos para los dos campos.
Las normas supletorias, aunque entran a formar parte, por decirlo así, del contenido del contrato, no dejan, por ello, de ser normas legales o consuetudinarias. No parece fundada, por otro lado, la opinión que considera las normas supletorias como normas interpretativas del contrato. Una cosa es integrar, otra cosa es interpretar. La integración presupone una laguna, una deficiencia del reglamento pactado, y no se puede interpretar aquello que falta. No es interpretando el reglamento pactado, que calle sobre el punto, que se harán de cargo del comprador los gastos del contrato, sino integrando tal reglamento con la norma legal supletoria.
La opinión aquí criticada parte del presupuesto de que las normas supletorias tienen como base la voluntad tácita o presunta de las partes, por lo cual se debería reconocer en ellas los instrumentos para la búsqueda de dicha voluntad. Pero tal consideración es justificadamente considerada aberrante, porque el derecho supleto rio no se inspira en una voluntad presunta, sino que tiene carácter autónomo, y es válido, no por ser tácitamente querido por las partes, sino

porque así lo quiere la ley o el uso, en ausencia de una disposición de las partes(26).
En cuanto al problema de si se debe proceder antes a la interpretación, y no a la integración del contrato, o, en otras palabras, al problema de si deben ser aplicadas antes las normas interpretativas del contrato, y no las supletorias, me parece que la respuesta es que primero se interpreta, y luego se integra. Sólo la interpretación de las disposiciones dadas por las partes permitirá establecer las áreas no cubiertas, en las cuales insertar el reglamento supletorio, representado por la ley o por el USO(27). Se destaca que, sobre la base del artículo 1374, el uso podrá entrar en aplicación sólo si falta la ley.
Los usos con función integradora o supletoria se consideran distintos de las prácticas generales interpretativas, o "usos interpretativos", previstos en el artículo 1368. Los segundos sirven para interpretar, es decir, para aclarar, el sentido de los mandatos, de obligaciones contenidas o establecidas en el contrato; presuponen, por lo tanto, no una laguna, sino una oscuridad o ambigüedad del contrato.

La equidad, como medio integrador, viene al último, cuando la ley y los usos no puedan ser invocados.
A través de las normas supletorias y la equidad, entonces, el contrato no es interpretado, sino integrado. Carácter integrador puede reconocerse también al artículo 1340(NP25), en el que se dispone que las cláusulas de estilo se consideran insertas en el contrato, si no
resulta que ellas no han sido queridas por las partes. También respecto de las normas supletorias se puede afirmar que se consideran "insertas en el contrato", salvo diversa, o simplemente contraria, volun
tad de las partes. .

Esta última consideración nos permite resaltar la diversidad de naturaleza existente entre normas supletorias y normas interpretativas. Las partes pueden excluir la aplicación de las primeras, pero no de las segundas, que deben considerarse inderogables o imperativas. Interpretación válida de un contrato es solamente aquella que se realiza siguiendo los criterios dictados por las normas interpretativas. El juez, las partes y los terceros (en cuanto interesados) no pueden prescindir de tales normas (28) .

Si las normas supletorias, integrado ras del reglamento contractual, escapan del concepto de interpretación, con mayor razón deben considerarse extrañas a tal concepto, aquellas normas que realizan, en el reglamento contractual, modificaciones sustitutivas o limitativas. Considérense el artículo 1339(NP26), en el que se establece que las cláusulas, los precios de bienes o de servicios, impuestos por la ley, se insertan de pleno de derecho en el contrato, en sustitución de las cláusulas distintas establecidas por las partes; el artículo 1932(NP27), en el que después de enunciarse una serie de normas, en materia de seguros, a considerarse inderogables, a menos que sea en el sentido más favorable al asegurado, se establece que las cláusulas que derogan tales normas, en sentido menos favorable al asegurado, son sustituidas, de pleno derecho, por las correspondientes disposiciones de la ley. Análogas sustituciones de derecho se prevén en materia de trabajo, en los artículos 2066(NP28), 2077(NP29). A las intervenciones sustitutivas se pueden equiparar las prórrogas legales de los arrendamientos y de los contratos asociativos agrarios. Intervenciones limitativas pueden reconocerse, en cambio, en el artículo 1573(NP3O), sobre la duración del arrendamiento, y en el artículo 1962(NP31), sobre la duración de la anticresis.

La extensión de estas formas de intervención en el contrato ha hecho que algún autor crea que se produce una alteración de la naturaleza del contrato, un declive general de la autonomía privada, que se despoja de sus características esenciales. Analizar las ventajas sociales o los daños de esta tendencia, es tarea del político. Desde el punto de vista jurídico, me siento obligado a observar que dicha tendencia vale, ciertamente, para liquidar las cartas de los que fantasean sobre la existencia de ordenamientos jurídicos de los particulares, independientes del ordenamiento del Estado. En cambio, quien aprecia en el contrato una fuente normativa, inserta en el sistema jerárquico de las fuentes, en posición subordinada a la ley, no tiene ninguna dificultad lógica para reconocer la naturalidad de las intervenciones de ésta, no sólo integrado ras, sino también sustitutivas y limitativas, en el contrato.

(NPI5) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1322 del Código Civil italiano de 1942. Autonomía contractual.- Las partes pueden establecer libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley".
[A. de los P.] "Artículo 1354 del Código Civil peruano.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".
(NPI6) [N. de los P.] "Artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942. Indicación de los requisitos.- Los requisitos del contrato son:
1) El acuerdo de las partes;
2) La causa; 3) El objeto;
4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad".

[A. de los P.] "Artículo 140 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1) Agente capaz.
2) Objeto física y jurídicamente posible.
3) Fin lícito.
4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".
(NPI7) [N. de los P.] "Artículo 1323 del Código Civil italiano de 1942. Normas que regulan los contratos.- Todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que disponen de una regulación particular, se someten a las normas contenidas en este título".
[A. de los P.] "Artículo 1353 del Código Civil peruano.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato".
(13) Sobre el tema, véase la interesante monografía de G. DE NOVA, Il tiPo contrattuale, Padua, 1974.
(14) C. GRASSETII, op. cit., p. 103; A. CATAUDELlA, op. cit., p. 98.
(15) A. CATAUDELLA, op. cit., p. 91, escribe que la verificación de la situación de hecho constituye un presupuesto de la interpretación.
(16) En ello están de acuerdo con A. CATAUDELLA, op. cit., p. 103.
(17) Véanse las amplias citas de jurisprudencia sobre la distinción entre venta y obra en G. DE NavA, op. cit., p. 6, nota 14. El mismo autor (ivi, p. 12) se ocupa después de la distinción entre arrendamiento y contrato atípico, que se ha

convertido de gran actualidad a causa del régimen vinculante de los arrendamientos.
(18) El argumento es de A. CATAUDELLA, op. cit., p. 105.
(19) Corte de Casación, sentencia n. 934, del 25 de marzo de 1972, en "Giurisprudenza italiana: Massimario", col. 341; Corte de Casación, sentencia n. 996, del 10 de abril de 1970, en "Giurisprudenza italiana" 1972,1,1, col. 242.
También Corte de Casación, sentencia n. 1098, del 17 de abril de 1970, en "Giurisprudenza italiand', 1972, 1, 1, col. 236, afirma que la calificación jurídica de la relación controvertida, dada por el juez de mérito, no está sometida a revisión de legitimidad, si no bajo el perfil de los vicios de la motivación previstas por el artículo 360, numeral 5, del Código Procesal Civil. En esta última sentencia, además, se niega el control de legitimidad sobre la calificación "para la parte concerniente a las verificaciones sobre los elementos de hecho constitutivos del supuesto de hecho".
Esta precisión demuestra que la decisión era correcta, no porque la calificación no fuese operación jurídica revisable en Casación, sino porque en realidad no se trataba de calificación, sino de reconstrucción del hecho.
Exactamente: Corte de Casación, sentencia n. 1917, del 10 de octubre de 1970, en "Giurisprudenza italiana", 1972,1, 1, col. 818, afirma que el procedimiento de calificación del contrato, consistente en la atribución del nomen iuris previa interpretación, está sometido a la revisión de legitimidad.
(20) P. CALAMANDREI, La genesi logica delta sentenza civile, en ID., Studi sul processo civile, 1, Padua, 1930, p. 49, citado por A. CATAUDELLA, op. cit., p. 92.
(NPJ8) [N. de los P.] "Artículo 2043 del Código Civil italiano d~ 1942. Resarcimiento por hecho ilícito.- Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño".

[A de los P.] "Artículo 1969 del Código Civil peruano.-Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizado. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".
(NPJ9) [N. de los P.] "Artículo 1173 del Código Civil italiano de 1942. Fuentes tk las obligaciones.- Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producidas, de conformidad con el ordenamiento jurídico".
(NP20) [N. de los P.] "Artículo 1571 del Código Civil italiano de 1942. Noción.El arrendamiento es el contrato por el cual una parte se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble por un determinado tiempo, mediante una determinada contraprestación".
[A de los P.] "Artículo 1666 del Código Civil peruano.- Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida".
(NP2J) [N. de los P.] "Artículo 1609 del Código Civil italiano de 1942. Reparacifr nes menores a cargo tkl arrendatario.- Las reparaciones de mantenimiento menor, que según el artículo 1576 deben ser realizadas por el arrendatario a su costo, son aquellas dependientes de deterioros producidos por el uso, y no las dependientes de vetustez o de caso fortuito.

Las referidas reparaciones, a falta de pacto, son determinadas por los usos locales" .
[A de los P.] "Artículo 1682 del Código Civil peruano.- El arrendatario está obligado a dar aviso inmediato al arrendador de las reparaciones que haya que efectuar, bajo responsabilidad por los daños y peIjuicios resultantes.

Si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizadas directamente con derecho a reembolso, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador.

En los demás casos, los gastos de conservación y mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario, salvo pacto distinto".
(21) A. CATAUDELLA, op. cit., p. 51. (22) ¡bid., p. 48.
(23) ¡bid., loco ult. cit.
(NP22) [N. de los P.] "Artículo 1498 del Código Civil italiano de 1942. Pago del precio.- El comprador está obligado a pagar el precio dentro del plazo y en el lugar f~ado por el contrato.

A falta de pacto, y salvo los usos diversos, el pago debe realizarse en el mo
mento de la entrega y en el lugar donde ésta se lleva a cabo.

Si el precio no se debe pagar en el momento de la entrega, el pago se hace
en el domicilio del vendedor".

[A. de los P.] "Artículo 1558 del Código Civil peruano.- El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.
A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador".
(24) En este caso, me parece obvio, opera la norma contractual, mientras queda inutilizada aquella legal. Por tanto, los efectos jurídicos están contenidos en el contrato. Por el contrario, A. CATAUDELLA, op. cit., p. 80, afirma que, también en este caso, es necesario distinguir entre efectos y contenido.
En la hipótesis de perfecta coincidencia entre norma legal dispositiva o supletoria y precepto contractual me parece irrelevante la primera y no la segunda, como se ha sostenido por algunos: véanse, en efecto, los autores citados por A. CATAUDELLA, op. cit., p. 171, texto y nota 225.

(NP23) [N. de los P.] "Artículo 1475 del Código Civil italiano de 1942. Gastos de la venta.- Los gastos del contrato de venta y los otros accesorios son a cargo del comprador, si no se ha pactado diversamente".
[A. de los P.] "Artículo 1530 del Código Civil peruano.- Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto".
(NP24) [N. de los P.] "Artículo 1374 del Código Civil italiano de 1942. Integración del contrato.- El contrato obliga a las partes no sólo a cuanto se ha expresado en él, sino también a todas las consecuencias que derivan de él según la ley o, en ausencia de ésta, según los usos y la equidad".
[A. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1361 del Código Civil peruano.Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos".
(25) Al respecto, G. A!.PA, Unita del negozio e principi di ermeneutica contrattuale, en " Giurisprudenza italiana", 1973,1,1, col. 1519, habla, justamente, de concUI~o de fuentes de naturaleza y grado diversos. No comparto la afirmación del autor citado, puesto que tal concurso se verifica incluso si el reglamento contractual no es lagunoso.
(26) Así, sustancialmente, C. GRASSEITI, op. cit., p. 57: G. ClAN, Forma solenne e interpretazione del negozio, Padua, 1969, p. 198.
(27) C. GRASSEITI, op. cit., p. 56. Con ello no se excluye que también la intÚpretación pueda, en ciertos casos, ser considerada integradora. Por otro lado lo es en un sentido diferente de aquel en el cual lo son las normas supletorias. Ellas llenan las lagunas del contrato, aquella recaba del contrato significados implícitos, es decir, no declarados de manera expresa. Cuando la interpretación supera la fase de la

"literalidad" y atañe el espíritu del contrato, es siempre integradora.
(NP25) [N. de los P.] "Artículo 1340 del Código Civil italiano de 1942. Cláusulas de estilo.- Las cláusulas de estilo se consideran insertas en el contrato, si no resulta que no han sido queridas por las partes".
(28) C. GRASSEITI, op. cit., p. 126, escribe que la aplicación de las normas interpretativas no puede ser evitada por las partes más que absteniéndose de actuar la situación que constituye el supuesto de hecho. Es decir, en pocas palabras, no concluyendo contratos.
(NP26) [N. de los P.] "Artículo 1339 del Código Civil italiano de 1942. Inserción automática de cláusulas.- Las cláusulas, los precios de bienes o servicios, impuestos por la ley ("o por las normas corporativas") se insertan de pleno derecho en el contrato, incluso en sustitución de las cláusulas diversas establecidas por las partes".
[A. de los P.] "Artículo 1396 del Código Civil peruano.- En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz".
(NP27) [N. de los P.] "Artículo 1932 del Código Civil italiano de 1942. Normas inderogables.-Las disposiciones de los artículos 1887, 1892, 1893, 1894, 1897, 1898, 1899, segundo párrafo, 1901,1903, segundo párrafo, 1914, segundo párrafo, 1915, segundo párrafo, 1917, tercer y cuarto párrafos, y 1926 no pueden ser derogados sino en sentido más favorable al asegurado.
Las cláusulas que derogan en sentido menos favorable al asegurado son sustituidas de derecho por las correspondientes disposiciones de ley".

(NP28) [N. de los P.] "Artículo 2066 del Código Civil italiano de 1942. lnderogabilidad.- Los contratos individuales no pueden derogar a las ordenanzas corporativas y a los acuerdos económicos colectivos, salvo que éstos lo consientan.
Las cláusulas de los contratos individuales, diversas de las normas inderogables contenidas en las ordenanzas y en los acuerdos previstos en el presente capítulo, se sustituyen de derecho por las expresadas normas.
La disposición del párrafo anterior no se aplica a los contratos estipulados antes de la entrada en vigor de la ordenanza corporativa o del acuerdo económico colectivo. La ordenanza y el acuerdo pueden, sin embargo, establecer que las normas en ello contenidas se apliquen también a los contratos de ejecución continuada o periódica en curso, en cuanto a la parte no ejecutada todavía".
(NP29) [N. de los P.] "Artículo 2077 del Código Civil italiano de 1942. Eficacia del contrato colectivo sobre el contrato individual- Los contratos individuales de trabajo entre los pertenecientes a las categorías a las cuales se refiere el contrato colectivo deben ajustarse a las disposiciones de éste.
Las cláusulas diferentes de los contratos individuales, preexistentes o posteriores al contrato colectivo, son sustituidas de derecho por las del contrato colectivo, salvo que contengan condiciones especiales más favorables a los prestadores de trabajo".
(NP30) [N. de los P.] "Artículo 1573 del Código Civil italiano de 1942. Duración del arrendamiento.- Salvo normas diversas de ley el arrendamiento no puede estipularse por un tiempo que exceda de los treinta años. Si se estipula un período más largo o a perpetuidad, se reduce al plazo indicado".

[A. de los P.] "Artículo 1688 del Código Civil peruano.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.
Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.
Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos".
(NP31) [N. de los P.] "Artículo 1962 del Código Civil italiano de 1942. Duración de la antícresis. La anticresis dura hasta que el acreedor haya sido enteramente satisfecho de su crédito, aun cuando el crédito y el inmueble dado en anticresis sea
divisible, salvo que se haya establecido la duración.
En todo caso la anticresis no puede tener una duración superior a diez años. Si se ha estipulado un plazo mayor, éste se reduce al plazo indicado".

CAPÍTULO II

Los sujetos del contrato

1. Los sujetos como elemento esencial del contrato

El contenido del contrato es la norma, el mandato jurídico. La norma, al desenvolverse, se transforma en relación. También se puede afirmar, por lo tanto, que contenido del contrato es la relación, el vínculo jurídico, es decir, en sentido lato, la obligación.
Cuando la obligación tiene su fuente en el contrato, ella constituye y representa el contenido del contrato. Ahora bien, si se admite que los sujetos son elemento constitutivo de la obligación (1), no se ve por qué no deberían serio también del contrato, y, por lo tanto, de su contenido.
Conocer quién asume el compromiso, y frente a quién lo asume, es tan importante como conocer qué cosa es lo que uno se obli
ga a hacer. Por lo tanto, los sujetos son, al igual que el objeto, un requisito o elemento esencial del contrato. A mi parecer, por consiguiente, es fundada la crítica dirigida al legislador, por haber omitido, en el listado de los requisitQs del contrato contenido en el artículo 1325(NPI) del Código Civil, el elemento subjetivo(2).
La tesis que pretende "la ajenidad del sujeto a los componentes estructurales del negocio", y, por lo tanto, del contrato(3), debe considerarse fruto de un error de perspectiva, posibilitado por una visión fragmentaria y unilateral del negocio, y del contrato, considerado exclusivamente como hecho o hipótesis de hecho [fattispecie] (4).
Si el contrato sólo es hecho o hipótesis de hecho [fattispecie], es evidente que no puede comprender al sujeto. Una cosa es el hecho, y otra, el autor del hecho.
Es verdad que el contrato es "hecho", pero también es cierto que no es sólo "hecho"; es un hecho que contiene un pensamiento, que expresa una idea, representada por el mandato

jurídico, por la norma. Ahora bien, no se puede identificar y describir un mandato si no se conoce el destinatario; no se puede identificar y describir una norma individual (como es, generalmente, la contenida en el contrato) si no se establece quién es el obligado y quién es aquel en cuyo interés se ha establecido la obligación. No basta saber qué es lo que uno se ha comprometido a hacer (objeto del contrato); también es necesario quién se ha obligado, ya favor de quién lo ha hecho (sujetos del contrato). Por lo tanto, cuando la obligación es contractual, los sujetos de la obligación son los mismos sujetos del contrato (5) .

El contenido del contrato estaría incompleto sin la individualización de los sujetos; y la falta de completitud no sería, ciertamente, de menor dimensión que la derivada de la indeterminación del obje

to. Por lo demás, en todo documento que incorpore un contrato no puede faltar la indicación de los sujetos, y no existe operador de derecho que pueda pensar en dejar fuera del contrato, como dato exterior, respecto de su contenido, a los sujetos(6).

Creo que la orientación aquí criticada depende, además que de una errada visión del contrato, también de una equívoco de fondo. Cuando se habla de sujeto del contrato no se debe pensar en el sujeto en sí mismo, es decir, en una determinada persona física, sino en la contemplación del sujeto, en la idea. El sujeto entra en el contrato como idea, porque el contenido mismo del contrato es idea. El mismo discurso vale para el objeto, es decir, para la prestación, o, más en general, para el comportamiento que uno se obliga a prestar. También el objeto forma parte del (contenido del) contrato, como idea o como previsión, y no como acaecimiento material o físico. Un mero acto, al no tener un contenido ideal, es decir, al no contener un pensamiento, no puede tener sujetos: sólo puede

tener un autor o autores. En cambio, un contrato, como todo negocio jurídico, además de tener autores, contiene proposiciones normativas, de las cuales los sujetos son partes integrantes.

La semejanza del contrato con una obra de arte literaria, como un poema o una novela, puede contribuir, probablemente, a la comprensión de este discurso. Considero que nadie duda de que los personajes formen parte del contenido del poema o de la novela, los cuales no narran hechos o gestas de sujetos anónimos, sino hechos o gestas de personajes determinados. No forman parte del contenido del poema o de la novela, en cambio, ni el poeta ni el novelista, a menos que el poema o la novela tengan contenido autobiográfico. En este último caso, el poeta se convierte en un personaje, y entra en el contenido del poema. Ahora bien, el contrato es en algo un poema o novela auto biográfica. El autor o autores se convierten en person.yes, es decir, para abandonar la metáfora, se convierten en sujetos de los vínculos asumidos con el contrato, o en beneficiarios de los mismos. Sin embargo, no siempre tenemos, ni siquiera en el contrato, una coincidencia entre autor y personaje. La figura del autor del contrato no se identifica siempre con la del sujeto de la relación o vínculo contractual. El contrato no siempre es un poema o una novela autobiográfica. Puede ocurrir que el contrato sea llevado a cabo por personas que actúan en nombre y por cuenta de otras. Tenemos, entonces, la figura de la representación, en virtud de la cual, el autor del contrato no se compromete personalmente; no deviene, en otras palabras, sujeto del vínculo contractual.

El que participa en la formación del contrato en nombre y en interés ajeno, sin ser, por lo tanto, destinatario de los efectos del mismo, es definido, a menudo, como parte en sentido formal (representante); parte en sentido material, en cambio,

es aquel en quien revierten los efectos del contrato (representado). De la parte en sentido formal se puede decir que no es sujeto del contrato, del mismo modo en no se transforma en el personaje del poema o de la novela aquel autor que no narra gestas propias, sino de terceros.
Para la existencia de un contrato, es esencial que existan (por lo menos) dos partes (artículo 1321 (NP2)), es decir, dos sujetos, y no dos autores. Excepcionalmente, podemos tener un contrato realizado por un solo autor: ello sucede cuando éste actúa, contemporáneamente, como representante de dos partes; o bien cuando actúa, al mismo tiempo, "por su cuenta" y como representante de una parte. Tenemos, entonces, la conocida figura del "contrato consigo mismo" (artículo 1395(NP3)).

2. Representación voluntaria

La figura del contrato consigo mismo nos introduce en el tema de la representación. Es gracias a esta institución que nosotros podemos tener contratos en los cuales los autores son personas diversas y distintas de los sujetos de la relación contractual, es decir, de los sujetos entendidos como elemento esencial (del contenido) del contrato, sin que éste se desnaturalice, es decir, sin que deje de ser acto de autonomía privada. Las partes se autovinculan; en otras palabras, crean una norma para sí mismas, aun cuando se vinculan por medio de un representante (7) . El representante es un sustituto. A través de los representantes uno puede ampliar su campo de acción, apropiarse de los resultados económicos, y de los efectos jurídicos, de una masa de operaciones contractuales realizadas en su nombre y en su interés por otros sujetos.

En lo sustancial, por lo tanto, uno se compromete a sí mismo, aun cuando lo haga a través del representante. Éste ejerce un poder
(representativo) que le ha sido atribuido por el representado con un acto destinado a ello: el apoderamiento, que debe ser conferido con las formas prescritas para el contrato que el representante debe celebrar (artículo 1392(NP4)). Cuando existe representación, la autonomía privada se expresa, sobre todo, a través de este acto unilateral, con el cual el representado autoriza a un tercero a celebrar uno o más contratos, en los cuales el primero (el representado) entra como sujeto(8). Por ello, es necesario que el representante indique, como sujeto del contrato, al representado. Se considera, precisamente, que la denominada contemPlatio domini es el elemento esencial del actuar representativo. En otras palabras, el representante debe indicar al representado, como aquel en cuyo nombre y en cuyo interés se gestiona la operación (9) . Aquí tenemos una confirmación de la esencialidad de la indicación del sujeto, de la que hemos tratado antes. Nosotros diríamos que la contemPlatio domini, que la doctrina ha resaltado, en relación con la representación, constituye una exigencia infaltable de todo contrato, y no sólo del que es celebrado por el representante. Hay que señalar, únicamente, que si no existe representación, la figura del gestor y la del dominus coinciden, y la necesidad de indicar a este último no adquiere relevancia autónoma propia, debiendo presumirse siempre que el gestor contraiga por sí mismo.
Otro caso de sustitución en el contrato se halla en la gestión de negocios ajenos (artículo 2028(NP5)). Mientras que en la representación la iniciativa parte del dominus, el cual la expresa con el otorgamiento del poder representativo, en la gestión de los negocios la iniciativa parte del gestor, el cual sustituye al dominus, sin que éste le haya conferido ningún

poder. Basta que el dominus no se lo haya prohibido (artículo 2031, segundo párrafo(NP6)). La eficacia, para 'el dominus, de las obligaciones asumidas en su nombre por el gestor, tiene su fundamento en el hecho de que la gestión misma haya sido útilmente emprendida (utiliter coeptum) (artículo 2031, primer párrafo (NP7)) (10). Es claro que no basta la contemPlatio domini, que es también un requisito de la gestión de negocios, para que el contrato comprometa al dominus. La gestión de negocios, si no se presenta el utiliter coeptum, pasa a identificarse con la representación sin poderes. Para ésta, precisamente, se prevé la ratificación, con la cual el dominus se apropia de los efectos del contrato celebrado en su nombre por un tercero (artículo 2032(NP8)). Sin la ratificación, el contrato celebrado por el representante sin poderes no produce efectos para el representado, sino que solamente crea responsabilidad del representante frente al otro contratante (artículo 1398(NP9)).

3. Representación legal

Junto con la representación fundada en el apoderamiento, como acto de otorgamiento de poderes, es decir, en una libre decisión del representado, tenemos una representación legal o necesaria, la cual tiene su fundamento en exigencias sociales que la ley reconoce y protege de manera exclusiva, o sea, sin dejar espacio a la autonomía privada.
La representación legal de los hijos menores de edad se atribuye a los sujetos investidos de la patria potestad, es decir, al padre (artículo 320(NPIO)), o, en caso de muerte o impedimento de éste, a la madre (artículo 316(NPll)y331 (NPI2). Con la nueva Ley sobre el derecho de familia, dicha potestad corresponderá conjuntamente a ambos padres, los cuales deberán participar juntos en la celebración del contrato que

sea celebrado en nombre y en interés del hijo menor de edad (artículo 143 de la ley citada).
De no existir ambos padres, el tutor, nombrado por el juez respectivo, será representante legal del menor de edad (artículo 346(NP13)). Al tutor le corresponderá también la representación de los mayores de edad interdictos por enfermedad mental (la llamada "interdicciónjudicial": artículo 424(NP14)) o por condena penal (la llamada "interdicción legal": artículo 32, último párrafo, del Código Penal).

Los representantes legales obran bajo el control de la autoridad judicial, la cual debe dar su autorización a los contratos y a los El último párrafo ha sido modificado por el siguiente conforme al artículo 7 de la Ley del 9 de enero del 2004, n. 6, sobre la institución de la administración de amparo:
"En la elección del tutor del sujeto a interdicción y del curador del sujeto a inhabilitación, eljuez tutelar debe preferir a la persona más idónea para el encargo entre los sujetos, y con los criterios indicados en el artículo 408".
En el primer párrafo del nuevo artículo 408 se establece que el juez debe preferir al "cónyuge que no esté separado legalmente, la persona establemente conviviente, el padre, la madre, el hijo o el hermano o la hermana, el pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el sujeto designado por el padre supérstite en testamento, en la escritura pública o en la escritura privada autenticada" .
actos de mayor i~portancia. En ausencia de la autorización, el contrato es anulable, en el interés del incapaz (artículo 322(NP15) del Código Civil).
Según una difundida opinión, la representación legal tiene el propósito de impedir que los bienes de los menores o, en general, de los incapaces, queden fuera, por largo tiempo, del "comercio jurídiCO"(ll); para ello, se permite que menores e

incapaces figuren. como sujetos en los contratos relativos a tales bienes. Ser sujeto en un contrato significa ser sujeto de las obligaciones que de él derivan, es decir, prometer válidamente o asumir la calidad de destinatario de la promesa. El mandato contractual vale, en efecto, para los sujetos del contrato (no para los representantes); ahora bien, ¿cómo pueden considerarse destinatarios de mandatos jurídicos a los menores o a los que adolecen de deterioro mental?
Esta última consideración, que puede parecer absurda, es hecha posible por una ampliación de la función representativa. El prin
cipio por el cual el representante obliga solamente al representado, y de que se mantiene, por lo tanto, ajeno al cOhtrato(12), no es válido para la representación necesaria o legal. En ésta, el representante adquiere el papel de un sustituto permanente. No sólo provee para la celebración del contrato, sino también para su ejecución.
Los efectos del contrato recaen en el representado sólo en tanto inciden en sus bienes, e implican su responsabilidad patrimonial. La responsabilidad personal es del representante que, en su calidad de sustituto, deberá proveer para todos los cumplimientos, en nombre y por cuenta del incapaz.
Todo ello vale para ubicar la representación legal en un marco particular, diferente de aquel en el cual se ubica la representación voluntaria (13) .

Mín a la representación legal es la representación de las personas jurídicas. Estas últimas también se encuentran, por decirlo así, en la condición de los menores y de los dementes. No pueden hacer nada directamente, y tampoco comprender el sentido de los mandatos jurídicos que les conciernen. También para ellas, la sustitución debe ser permanente. Se ha llegado a afirmar que aquí no existe una verdadera sustitu-

ción; existen sujetos que actúan como órganos, y se identifican, por lo tanto, con la persona jurídica (14).
En realidad, y especialmente si el órgano es una persona individual, no me parece que aquí no esté presente el fenómeno representativo en sentido propio. La persona particular deberá y podrá actuar como representante del ente, pero también podrá actuar en nombre propio. Para evitar confusiones, cuando actúa en la primera calidad, deberá enunciar muy claramente la contemplatio domini, lo que implica que el autor del contrato se considera persona distinta del sujeto del contrato; por lo tanto, se reconoce la existencia de una relación de alteridad entre representante y representado. Esta rela ción parece desaparecer del todo, en cambio, cuando el órgano deliberante es un órgano colegiado, el cual no puede funcionar más que como órgano del ente, y no puede tener negocios propios distintos y separados de los del ente.
Nos parece que la representación legal o necesaria, tanto la que concierne a los incapacés, cuanto la relativa a las personas jurídicas, (o incluso a asociaciones de hecho), demuestra que era fundado lo que sosteníamos en tomo del concepto de "sujeto del contrato". Mientras que el autor del contrato o contratante no puede ser más que una persona física o un grupo de personas físicas (órgano colegiado), que tienen la natural capacidad de entender y de querer (al menos aparentemente), el sujeto del contrato, en virtud de la representación legal o necesaria, también puede ser alguien que no existe aún físicamente, como el hijo que está por nacer, no-concebido, de una determinada persona viviente, o algo que no existirá jamás físicamente, como un ente. Además, aunque el sujeto del contrato sea una persona física existente, ésta, como tal, no entra jamás en el contenido del contrato, que es un contenido ideal; ella entra aquí solamente como idea. La realidad física, por lo tanto, no condiciona jamás de manera

necesaria la realidad jurídica, que es realidad ideal. No existen límites físicos a la figuración de sujetos contractuales. Existen, más bien, límites impuestos por la ley. Para retomar el paralelo entre contrato y obra literaria, se puede afirmar que los autores del contrato no tienen la misma libertad ilimitada, y creadora, que tienen los autores de las novelas o de los poemas.

---

(1) M. GIORGIANNI, Corso di diritto civile. L 'obbligazione: concetti generali - 1 soggetti (Lezioni), Bolonia, 1959.
(NPl) [N. de los P.] "Artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942. Indicación
de los requisitos.- Los requisitos del contrato son:
1) El acuerdo de las partes;
2) La causa;
3) El objeto;
4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad".
[A. de los P.] Por el contrario, nuestro código si lo regula: "Numeral 1 del artículo 140 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: Agente capaz".
(2) Crítica formulada por ALLARA y MIRABELLI, citados por G. PIAZZA, Identificazione del soggetto nel negozio g;iuridico, Nápoles, 1966, p. 14, nota 7, quien no la comparte.
(3) Tesis sostenida por V. SCIALO]A yN. COVIELLO, y declarada "sagaz" por PIAZZA,cp. cit., p. 18.
(4) Como resulta de lo expresado por G. PIAZZA, cp. cit., loco ult. cit.
(5) Así, GIORGI, citado por G. PIAZZA, cp. cit., p. 17, nota 10.

(6) De exclusión de los sujetos respecto a la estructura del contrato habla,
como se ha dicho, G. PIAZZA, cp. cit., p. 20; mientras en la p. 142 aclara por otro lado que el sujeto está fuera de la estructura del negocio en su realidad física y no en su "representación individual".
(NP2) [N. de los P.] "Artículo 1321 del Código Civil italiano de 1942. Noción.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas".
[A. de los P.] "Artículo 1351 del Código Civil peruano.- El contrato es el
acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".
(NP3) [N. de los P.] "Artículo 1395 del Código Civil italiano de 1942. Contrato consigo mismo.- Es anulable el contrato que el representante celebra consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo haya autorizado específicamente a ello o que el contenido del contrato haya sido determinado en modo tal que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.
La impugnación sólo puede ser interpuesta por el representado".
[A. de los P.] "Artículo 166 del Código Civil peruano.- Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido
determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.
El ejercicio de la acción le corresponde al representado".

(7) P. RESCIGNO, Manuale del diritto privato italiano, Nápoles, 1973, p. 119.
(NP4) [N. de los P.] "Artículo 1392 del Código Civil italiano de 1942. Forma del apoderamiento.- El apoderamiento no tiene efecto si no es conferido bajo las formas prescritas para el contrato que el representante debe celebrar".
[A. de los P.] "Artículo 166 del Código Civil peruano.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".
(8) G. MIRABELLI, Dei contratti in generale, cit., p. 276, afirma que la representación en sentido propio (que es para él solamente aquella voluntaria) tiene la única fuente en el acto de autonomía privada del titular de la posición jurídica, en relación a la cual se actúa. Agrega después, justamente, que sujeto del negocio es el representado (op. cit., p. 284).
(9) G. MIRABELLI, op. cit., p. 277. A este propósito no se requieren fórmulas sacramentales: basta que el representante declare concluir el contrato "para otro sujeto": así, justamente, Corte de Casación, sentencia n. 1739, del 13 de julio de 1967, en " Giurisprudenza italiana", 1, 1, col. 1414.
(NP5) [N. de los P.] "Artículo 2028 del Código Civil italiano de 1942. Obligación de continuar la gestión.- Quien, sin e,star obligado a ello, asume a sabiendas la gestión de un negoci,o ajeno está obligado a continuada al finalizar mientras el interesado no esté en condiciones de proveer a ella por sí mismo.
La obligación de continuar la gestión existe también si el interesado muere antes de que el negocio haya terminado, mientras el heredero pueda proveer directamente".
[A. de los P.] "Artículo 1950 del Código Civil peruano.- Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o

la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñada en provecho de éste".
(NP6) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 2031 d~l Código Civil italiano de 1942. Obligaciones del interesado.- Esta disposición no se aplica a los actos de gestión realizados contra la prohibición del interesado, salvo que tal prohibición sea contraria a la ley, al orden público o las buenas costumbres.
(NP7) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 2031 del Código Civil italiano de 1942. Obligaciones del interesado.- Cuando la gestión haya sido iniciada últimamente, el interesado debe cumplir las obligaciones que el gestor ha asumido en nombre de él, debe mantener indemne al gestor las asumidas por el mismo en nombre propio y reembolsarle todos los gastos necesarios o útiles con los intereses desde el día en que dichos gastos se han hecho".
[A. de los P.] "Artículo 1952 del Código Civil peruano.- Aunque no hubiese ratificación expresa, el dueño de los bienes o negocios que aproveche las ventajas de la gestión, debe cumplir las obligaciones que el gestor ha asumido por él en nombre propio y hacerse responsable de ellas; reembolsar los gastos efectuados por el gestor con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; e indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión.
La misma obligación le concierne cuando la gestión hubiese tenido por objeto evitar algún peIjuicio inminente, aunque de ello no resultase provecho alguno".
(10) G. MIRABELLI, op. cit., p. 281.
(NP8) [N. de los P.] "Artículo 2032 del Código Civil italiano de 1942. Ratificación del interesado.- La ratificación del interesado produce, en relación a la gestión, los efectos que habrían derivado de un mandato, aun cuando la gestión se

haya llevado a cabo por persona que creía gestionar un negocio propio".
(NP9) [N. de los P.] "Artículo 1398 del Código Civil italiano de 1942. Representación sin poder. - El que hubiera contratado como representante sin tener poderes para hacerlo o excediendo los límites de las facultades a él conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato".
[A. de los P.] "Artículo 161 del Código Civil peruano.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin peIjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.
También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye".
(NP10) [N. de los P.] "Artículo 320 del Código Civil italiano de 1942. Representación y administración.- Los padres conjuntamente, o aquél que ejercita en vía exclusiva la potestad, representan a los hijos nacidos y por nacer en todos los actos civiles y administran sus bienes. Los actos de administración ordinaria, excluidos los contratos con los cuales se conceden o se adquieren derechos personales de disfrute, pueden ser realizados separadamente por cada padre.
Se aplican las disposiciones del artículo 316 en caso de desacuerdo o de ejercicio diferente de las decisiones concordadas.
Los padres no pueden enajenar, hipotecar o dar en prenda los bienes dados al hijo bajo cualquier título, tampoco pueden por causa de muerte, aceptar o renunciar a la herencia o legados, aceptar donaciones, proceder a la disolución de comuniones, contraer mutuos o arrendamientos por más de

nueve años o realizar otros actos que excedan la administración ordinaria ni promover, transigir o promover juicios relativos a tales actos, si no por necesidad o utilidad evidente del hijo después de la autorización deljuez tutelar.
Los capitales no pueden ser cobrados sin autorización del juez tutelar, el cual determina el empleo.
El ejercicio de una empresa comercial no puede ser continuado si no con la autorización del tribunal previo informe del juez tutelar. Este puede consentir el ejercicio provisional de la empresa, hasta que el tribunal haya deliberado sobre la instancia.
Si surge conflicto de intereses patrimoniales entre los hijos sujetos a la misma potestad, o entre ellos y los padres o aquél que ejercita en vía exclusiva la potestad, el juez tutelar nombra a los hijos un curador especial. Si el conflicto surge entre los hijos y uno solo de los padres que ejerce la potestad. la representación de los hijos corresponde exclusivamente al otro padre".

El texto transcrito está traducido según el artículo 143 de la Ley de reforma
del derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151.

El texto anterior decía lo siguiente: "Representación y administración. - El padre re
presenta a los hijos nacidos y por nacer en todos los actos civiles y administra sus bienes.
Sin embargo, no puede enajenar, hipotecar, dar en prenda los bienes del hijo, renunciar herencias, aceptar do naciones o legados sujetos a cargas y condiciones, pedir divisiones, contratar en nombre de él préstamos, arrendamientos por más de nueve años o llevar a cabo otros actos que excedan de los límites de la ordinaria administración, ni transigir o promover juicios relativos a tales actos, sino por necesidad o utilidad

evidente del mismo hijo y después de autorización del juez tutelar.
Los capitales no pueden ser cobrados sin autorización del juez tutelar, el cual determina su empleo.
El ejercicio de una empresa comercial no puede ser continuado sino con la autorización del tribunal, previo informe del juez tutelar. Este puede consentir el ejercicio provisional de la empresa hasta tanto que el tribunal haya deliberado sobre la instancia.
Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad o entre ellos y los padres, el juez tutelar nombra a los hijos un curador especial".
[A. de los P.] "Artículo 418 del Código Civil peruano.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores".
"Artículo 447 del Código Civil peruano.- Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. Eljuez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo".
"Artículo 448 del Código Civil peruano.- Los padres necesitan también auto
rización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos:
1) Arrendar sus bienes por más de tres años.
2) Hacer partición extrajudicial.
3) Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje. 4) Renunciar herencias, legados o donaciones.

5) Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida.
6) Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.
7) Dar o tomay dinero en préstamo.
8) Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración.
9) Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas. 10) Convenir en la demanda".
"Artículo 449 del Código Civil peruano.- En los casos de los incisos 2, 3 Y 7 del
artículo 448, se aplican también los artículos 987,1307 Y 1651. Además, en los casos a que se refieren los artículos 447 y 448, el juez debe oir, de ser posible, al menor que tuviere dieciséis años cumplidos, antes de prestar su autorización. Esta se concede conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para en;yenar u obligar bienes de menores".

"Artículo 460 del Código Civil peruano.- Siempre que el padre o la madre
tengan un interés opuesto al de sus hijos, se nombrará a éstos un curador especial.
El juez, a petición del padre o de la madre, del Ministerio Público, de cualquier
otra persona o de oficio, conferirá el cargo al pariente a quien corresponda la tutela legítima. A falta de éste, el consejo de familia elegirá a otro pariente o a un extraño".
(NPll) [N. de los P.] "Artículo 316 del Código Civil italiano de 1942. Ejercicio de
la potestad de los padres.- El hijo está sujeto a la potestad de los padres hasta la mayoría de edad o hasta la emancipación.
La potestad es ejercitada de común acuerdo por ambos padres.

En caso de controversia sobre cuestiones de particular importancia cada pa
dre puede recurrir sin formalidad ante el juez indicando las medidas que considere más idóneas.

Si subsiste un inminente peligro de grave perjuicio para el hijo, el padre
puede adoptar las disposiciones urgentes e impostergables.
El juez, con citación de los padres y del hijo, si es mayor de catorce años, sugiere las determinaciones que considera más útiles en el interés del hijo y de la unidad familiar. Si la controversia continúa eljuez atribuye el poder de decisión a uno de los padres que, en el singular caso, considera el más idóneo para atender el interés del hijo".
El texto transcrito está traducido conforme al artículo 138 de la Ley de reforma del derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151.
El texto anterior a la modificación establecía lo siguiente: "Ejercicio de la patria potestad.- El hijo está sujeto a la potestad de los padres hasta la mayoría de edad o hasta la emancipación. Esta potestad se ejerce por el padre. Después de la muerte del padre y en los otros casos establecidos por la ley, se ejerce por la madre".
(NP12) [N. de los P.] "Artículo 331 del Código Civil italiano de 1942. Trasmisión de la patria potestad a la madre. - Cuando, pronunciada la caducidad, el ejercicio de la patria potestad pasa a la madre, el tribunal puede en circunstancias especiales impartir disposiciones a las cuales la madre debe atenerse. El tribunal puede también ordenar que el hijo salga de la casa paterna".
Este artículo ha sido derogado por el artículo 153 de la Ley de reforma del derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151.

(:\'PI3) [N. de los P.] "Artículo 346 del Código Civil italiano de 1942. Nombramiento del tutor Y del protutor. - Eljuez tutelar, tan pronto como ha tenido noticia del hecho del que deriva la apertura de la tutela, procede al nombramiento del tutor y del protutor".
[A. de los P.] "Artículo 502 del Código Civil peruano.- Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes".
(NPI4) [N. de los P.] "Artículo 424 del Código Civil italiano de 1942. Tutela del sujeto a interdicción y curatela del sujeto a inhabilitación. - Las disposiciones sobre la tutela de los menores y las relativas a la curatela de los menores emancipados, se aplican respectivamente a la tutela de los sujetos a interdicción y a la curatela de los sujetos a inhabilitación.
Las mismas disposiciones se aplican respectivamente también en los casos de nombramiento del tutor provisional de la persona cuya interdicción se pide y del curador provisional de la persona cuya inhabilitación se pide a tenor del art. 419. En cuanto a la persona cuya interdicción se pide, no se nombra el protutor provisional.
En la elección del tutor del sujeto a interdicción y del curador del sujeto a inhabilitación, el juez tutelar debe preferir al cónyuge mayor de edad que no esté separado legalmente, al padre, a la madre, a un hijo mayor de edad o a la persona eventualmente designada por el padre supérstite por testamento, acto público o escritura privada autenticada".

[A. de los P.] "Artículo 503 del Código Civil peruano.- Tienen facultad de
nombrar tutor, en testamento o por escritura pública:

1) El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria
potestad.

2) Erabuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima.
Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste carecie
ra de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor".
"Artículo 506 del Código Civil peruano.- A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendien
tes, prefiriéndose:
1) El más próximo al más remoto.
2) El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia".
"Artículo 569 del Código Civil peruano.- La curatela de las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, Y 44, inciso s 2 y 3, corresponde:
1) Al cónyuge no separado judicialmente.
2) A los padres.
3) A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia.
4) A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.
5) A los hermanos".
(NPI5) [N. de los P.] "Artículo 322 del Código Civil italiano de 1942. Inobservancia de las disposiciones anteriores. - Los actos realizados sin observar las normas de los artículos anteriores de los precedentes artículos del presente título pueden ser anulados a instancia de los padres que ejercen la potestad del hijo o de sus herederos o causahabientes".
El texto es transcrito según el artículo 145 de la Ley de reforma del derecho

de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151.
El texto anterior indicaba lo siguiente: "Inobservancia de las disposiciones anteriores. - Los actos realizados sin observar las normas de los artículos anteriores pueden ser anulados a instancia del padre o del hijo o de sus herederos o causahabiente".
[A. de los P.] "Artículo 450 del Código Civil peruano.- Pueden demandar la nulidad de los actos practicados con infracción de los artículos 447,448 Y 449:
1) El hijo, dentro de los dos años siguientes a su mayoría.
2) Los herederos del hijo, dentro de los dos años siguientes a su muerte si ocurrió antes de llegar a la mayoridad.
3) El representante legal del hijo, si durante la minoría cesa uno de los padres o los dos en la patria potestad. En este caso, el plazo comienza a contarse desde que se produce el cese".
(11) P. RESCIGNO, op. cit., p. 380.
(12) G. MlRABELLI, op. cit., p. 276. (13) Ibid., loco ult. cit.
(14) Ibid., p. 275.

4. Capacidad jurídica como presupuesto de la subjetividad o de la representatividad en el contrato

Se debe señalar que, en principio, sólo puede asumir la calidad
de sujeto contractual quien está dotado de capacidad jurídica general, y, además, de capacidad jurídica para efectos del determinado contrato que se va a celebrar.

Sabemos, por ejemplo, que las personas jurídicas, para adquirir bienes inmuebles o aceptar do naciones)la aceptación de

la herencia o del legado no interesa en este punto, en tanto no conducen a la celebración del contrato), tienen necesidad de la autorización gubernamental (artículo 17(NP16"), que tiene naturaleza de integración necesaria de su capacidad jurídica. Ahora bien, las personas jurídicas deberán estar previamente autorizadas para poder figurar como donatarias, en el contrato de donación, o como adquirentes, en un contrato de adquisición de bienes inmueble.s. La ratio de la norma tiene el propósito de evitar que se conformen extensos patrimonios inmobiliarios en manos de entes que podrían sustraerlos del libre comercio. Por ello, la limitación no se aplica a las sociedades comerciales.

Los menores y los incapaces están, en general, privados de la capacidad jurídica de ser donantes; por lo tanto, no podrán ser sujetos activos en este tipo de contrato, ni siquiera si están adecuadamente representados (artículos 774(NP17) y 777(NP18"). En oposición, no pueden ser donatarios de bienes de sus pupilos los que han sido tutores o protutores, mientras no se apruebe el balance de la tutela, o hasta que se extinga la acción para el rendimiento de tal balance (artículo 779(NP19). También las particulares prohibiciones de comprar, impuestas por el artículo 1471, numerales 1 y 2(NP20), para los administradores de los bienes del Estado, de las municipalidades provinciales, o de los demás entes públicos, respecto de los bienes que son confiados a su cuidado, y para los funcionarios públicos, respecto de los bienes que son vendidos por su ministerio, se traduce en una limitación de capacidad jurídica, en relación a la compraventa, y, por lo tanto, en la imposibilidad jurídica de los señalados para figurar como sujetos (compradores). La sanción siempre es la nulidad del contrato. La razón de ésta radica en el peligro de que las personas indicadas hagan valer su posición para obtener

ventajas ilícitas en perjuicio del vendedor, ya sea que tengan o no representación.
No conlleva incapacidad jurídica, y, por consiguiente, tampoco nulidad del contrato, fuera de aquellos casos particulares, el conflicto de intereses que se verifica entre representante y representado, cuando el primero también está interesado en el contrato que celebra en calidad de representante. La ley prevé, para la hipótesis del conflicto, sólo la anulabilidad del contrato, por demanda del representado, si el conflicto era conocido o conocible por el tercero (artículo 1394(NP21"). Un caso típico de conflicto de intereses es el del contrato consigo mismo (artículo 1395), Y también en este caso vemos que la sanción es la anulabilidad, por iniciativa del representado
(artículo 1395, segundo párrafo(NP22").
Hay hipótesis de conflicto de intereses que se prevé n en materia de representación legal (artículo 320, último párrafo). También en estos supuestos, la sanción es la anulabilidad, en interés del incapaz (conforme al artículo 322). También son actos realizados por el representante legal (tutor) en situación de conflicto de intereses los que están referidos en el artículo 378(NP23), a los cuales se aplica, igualmente, la sanción de la a1).ulación (artículo 378, tercer párrafo).
Cuando la capacidad jurídica sea anticipada, desde limitadas perspectivas, con respecto al nacimiento, también la representatividad, y, por consiguiente, la posibilidad de figurar como sujeto del contrato, será anticipada, dentro de los mismos límites. Hemos visto que un nasciturum no concebido (y, con mayor razón, concebido) puede figurar como sujeto (donatario) en el contrato de donación (artículo 784(NP24"), teniendo como representante a los (futuros) progenitores (artículo 320). Pero dado que en este caso la capacidad jurídica es del todo excepcional, fuera del caso de la donación y de la cali-

dad de donatarios, que sí pueden asumir, los que están por nacer, no-concebidos, no pueden ser sujetos de contrato, y, por tratarse de incapacidad jurídica, la sanción que deriva es, lógicamente, la nulidad [como de modo justificado lo ha afirmado el Tribunal de Apelaciones de Nápoles, en sentencia del
12 de abril de 1973, en "Giurisprudenza italiana", 1974,1,2, col. 656, en un caso donde se enajenaron bienes que habían sido donados a no-conce bidos] .

5. Capacidad de obrar

Antes de cerrar este tema, que aquí se ha tratado sólo desde ciertas perspectivas y en ciertos aspectos, formularemos una observación sobre la capacidad legal de obrar en relación a la representación, y una alusión a la nueva ley que ha anticipado la obtención de la mayoría de edad al cumplimiento de los dieciocho años.
Sobre el primer punto, observamos que en la representación voluntaria, la capacidad legal de obrar es requerida en el representado (artículo 1389, primer párrafo(NP25)); en cambio, basta que el representante posea la natural capacidad de obrar (capacidad de entender y de querer). En cambio, el representante legal debe tener la capacidad legal de obrar (véase el artículo 350, numeral 1 (NP26), para el caso del tutor).
Sobre el segundo punto recordaremos que la Ley n. 39, del 8 de marzo de 1975, en su artículo 1, al anticipar -como ya se ha anotado- la obtención de la mayoría de edad, al cumplimiento de los dieciocho años, ha f~ado en tal momento, la adquisición de la capacidad general de obrar, y ha modificado, en tal sentido, el artículo 2(NP27) del Código Civil. La citada ley (artículo 2) abroga el artículo 3 del Código Civil,

relativo a la capacidad en materia de trabajo, la cual se uniformiza con la capacidad general. Por otro lado, la ley, al permitir que el trabajo sea prestado por un menor de dieciocho años, hace que éste quede "habilitado para el ejercicio de los derechos y de las acciones que dependen del contrato de trabajo" (artículo 2, segundo párrafo de la ley citada). Pero de ello no parece que se pueda argumentar que el menor de dieciocho años, capaz de prestar su propio trabajo, tenga también la capacidad (de obrar) en relación al contrato de trabajo: es decir, que lo pueda celebrar directamente.
Al enlazarse la mayoría de edad con el cumplimiento de los dieciocho años, se ha eliminado la institución de la emancipación judicial, que tenía la función de conceder una limitada capacidad de obrar al menor que hubiese cumplido, precisamente, los dieciocho años. El artículo 6 de la ley examinada abroga expresamente los artículos 391 (NP28) , 398 (NP29) y 399(NP30), relativos a dicho tipo de emancipación, pero la abrogación resultaría también implícitamente de la nueva regulación, que es del todo incompatible con la existencia de la emancipación judicial (ello, según el artículo 15(NP31) de las disposiciones preliminares del Código Civil).
El mismo discurso vale para el artículo 1837(NP32) del Código Civil, en el que se permitía al menor que hubiere cumplido los dieciocho años, realizar depósitos de ahorro y efectuar retiros de los mismos. También dicha norma, expresamente abrogada por el artículo 11 de la ley bajo examen, habría perdido toda relevancia con la anticipación de las capacidades de obrar al cumplimiento de los dieciocho años.
Para nuestros fines, es de interés el artículo 13 de la citada ley, el cual, en modificación del artículo 108 de la Ley n. 633 del 22 de abril de 1941, sobre el derecho de autor, atribuye plena capacidad de obrar, en relación con todos los actos jurídicos concernientes a las obras por él creadas, y a las

acciones derivadas de tales actos, al autor que haya cumplido los dieciséis años de edad.

6.

El contrato plurilateral

Antes de culminar con el tema de los sujetos del contrato parece conveniente efectuar alguna referencia sobre esta figura contractual.

El acuerdo contractual puede realizarse, según la definición del artículo 1321, "entre dos o más partes"; el Código Civil de 1865 hablaba, en cambio, de "acuerdo de dos o más personas". Esta variación no carece de significado: de hecho, mientras que una persona es sujeto particular, una "parte" puede ser un único l3ujeto (parte simple o unisubjetiva), o bien una pluralidad de sujetos (parte compleja, plurisubjetiva o compuesta) (15).

Con el fin de individualizar a las partes, resulta decisiva la existencia de los centros de interés, referidos a los sujetos sobre los cuales el negocio está destinado a producir sus efectos: así pues, personifican un único centro de intereses, y constituyen una sola "parte", los condóminos que constituyan conjuntamente, sobre el fundo común, una servidumbre en favor de un tercero, o que enajenen la cosa común; lo mismo ocurre con los sujetos que adquieren conjuntamente una cosa, o con los condóminos que constituyen, en favor del fundo común, una servidumbre.

La parte, en sentido formal, también puede estar constituida por una pluralidad de sujetos, como sucede en la hipótesis de la representación conjunta (artículo 1716(NP33)).

El contrato, por consiguiente, puede producirse entre más de dos partes, según la expresa previsión del artículo 1321: el Código Civil vigente reconoce, de tal forma, la figura del contrato plurilateral, que es, precisamente, aquel contrato en

el cual las partes son (o pueden ser, en opinión de otros) más de dos.
En el Código Civil se establecen reglas peculiares para el contrato plurilateral en el artículo 1420(NP34), en materia de nulidad ("En los contratos con más de dos partes, en los cuales las prestaciones de cada una estén dirigidas a la obtención de un propósito común, la nulidad que afecta el vínculo de una sola de las partes no implica nulidad del contrato, a menos que, de acuerdo con las circunstancias, la participación de aquélla se deba considerar esencial"); en el artículo 1446(NP35), en materia de anulabilidad ("En los contratos indicados por el artículo 1420, la anulabilidad que afecta al vínculo de una sola de las partes no implica la anulación del contrato, a menos que la participación de ella deba considerarse esencial, de acuerdo con las circunstancias"); en el artículo 1459(NP36), en materia de resolución por incumplimiento ("En los contratos indicados en el artículo 1420, el incumplimiento de una de las partes no implica la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación faltante deba considerarse esencial, de acuerdo con las circunstancias"); en el artículo 1466(NP37), en materia de imposibilidad sobrevenida ("En los contratos indicados en el artículo 1420, la imposibilidad de la prestación de una de las partes no implica la disolución del contrato respecto de las demás, a menos que la prestación faltan te deba considerarse esencial, de acuerdo con las circunstancias").
En realidad, la figura del contrato plurilateral, al cual se refiere el artículo 1420, se caracteriza, no sólo por su estructura (pluralidad de las partes), sino también por su causa: debe existir un propósito común, hacia cuyo logro estén dirigidas las prestaciones de cada una de las partes. Se comprenden en esta categoría, los contratos de sociedad, de aso-

ciación, las juntas de accionistas, los consorcios entre empresarios y los contratos asociativos en general.

La búsqueda del propósito común, que caracteriza los contratos plurilaterales examinados, había inducido a algún autor a negar a los mismos naturaleza contractual, y a subsumirlos en la categoría de los actos colectivos: se observaba que en tales actos falta, en absoluto, un conflicto de intereses entre los sujetos que lo llevan a cabo, dado que estos sólo se propondrían perseguir un propósito de inte
'rés común o de utilidad común.
Sin embargo se ha replicado, precisamente, que la búsqueda, por parte de los socios o de los asociados, de un propósito común, o de una utilidad común no descarta que, en la fase formativa o gen ética del acto -fase que es necesaria tomar en cuenta para establecer si se trata de un contrato o de un acto colectivo- también sea siempre reconocible, entre las partes que intervienen en su formación, una contraposición, un conflicto de intereses, el cual podrá versar sobre la determinación de los respectivos aportes, o sobre la asignación a cada participante de una mayor o menor ingerencia en la actividad a desarrollar en beneficio común, o bien, finalmente, sobre la f~ación de los criterios de repartición de las ganancias y de las pérdidas.
En los contratos con propósito común, por otro lado, la pluralidad (en el sentido de más de dos) de partes, puede incluso estar ausente: lo que es más, algunos contratos de asociación agraria son necesariamente bilaterales (por ejemplo, el contrato de distribución de lo producido entre el propietario del fundo y el agricultor, mezzadria, hoy prohibido legalmente). Pero también cuando es posible la pluralidad de las partes, el contrato puede producirse válidamente sólo entre dos partes. Ello no es todo: el contrato celebrado entre más de dos partes

puede subsistir a pesar del cese de la participación de más de dos partes (siempre que tal participación no sea esencial: cfr. artículos 1420, 1446, 1459, 1466). Además, la pluralidad de las partes puede constituirse con posterioridad a la celebración del contrato, si en éste se prevé que otras partes pueden adherirse al mismo (contratos abiertos: cfr. artículo 1332(NP38").

En los contratos con propósito común, la pluralidad de las partes es sólo eventual; de aquí que se hable de "contratos eventualmente plurilaterales", o de "contratos plurilaterales simples", caracterizados por la mera posibilidad de participación de más de dos partes

(según otros autores, estos contratos son plurilaterales sólo cuando en ellos participan más de dos partes); en cambio, existen otros contratos, en los cuales la pluralidad de las partes es esencial, es decir, que son necesariamente plurilaterales (los llamados "contratos plurilaterales complejos"): se citan, al respecto, y sobre todo, las figuras del secuestro convencional (artículo 1798(NP39"): un contrato en el que participan el sujeto al que se confía la cosa controvertida, y los dos sujetos, llamados depositantes, que mantienen una controversia sobre la pertenencia de la cosa (el secuestro convencional se acerca, por su finalidad, al secuestro judicial); y de la constitución de la dote por parte de un tercero (artículo 177(NP4O") (16): en ésta son partes necesarias del acto el tercero, la mujer y el marido. Algunos autores incluyen entre los contratos necesariamente plurilaterales la cesión de contrato (artículo 1406 y siguientes). En. tales contratos, cada parte tiene una particular posición propia; por lo tanto, la participación de cada una de las partes es esencial, de modo que el contrato no puede celebrarse sin ella (distintamente de cuanto sucede en los contratos plurilaterales llamados "abiertos"), ni pueden subsistir en caso de que ella des-

aparezca sucesivamente (no se aplican, entonces, los artículos 1420, 1446, 1459, 1466).
Los autores que restrigen la categoría de los contratos plurilaterales sólo a los contratos con propósito común, niegan que los contratos antes examinados sean plurilaterales. En particular, se sostiene que no se configuraría, en las hipótesis citadas, ningún contrato plurilateral, sino un negocio plurilateral, en tanto se presentaría una falta de coincidencia de los intereses de las partes, una heterogeneidad de propósitos, la promesa de aportes distintos y autónomos de cada una de las partes, una heterogeneidad de los efectos que inciden en cada una de las partes, respecto de los efectos que inciden en las otras. Sin embargo, se ha replicado que también los negocios en cuestión tienen naturaleza contractual, en tanto se caracterizan por ~l "acuerdo de las voluntades de las distintas partes en un idéntico objeto, idóneo para realizar los diversos y respectivos intereses", un "acuerdo que aquí también representa la voluntaria composición de intereses diversos, y necesariamente correlativos, debido, ni más ni menos, a su diversidad" (17) .
En la polémica surgida en tomo de la individualización de la categoría del contrato plurilateral se ha discutido, especialmente, si la división convencional es aplicable a la categoría de los contratos con propósito común; en este punto, se admite pacíficamente que la división es un acto plurilateral cuando los partícipes de la comunión sean más de dos, por tener que intervenir todos, necesariamente, en el acto.
Algunos señalan que en la división falta el propósito común, dado que está dirigida a deshacer la comunión, y constituye, por ello, la "perfecta antítesis" del contrato plurilateral con propósito común
(con la constitución de una sociedad que no tiene personalidad jurídica, en efecto, se crea, o se puede, crear una comu-

nión). En cambio, otros autores, a pesar de considerar el propósito común como elemento esencial del contrato plurilateral, sostienen que en la división tampoco está ausente dicho propósito común, consistente en la determinación común de acabar con la situación de comunión. Por otro lado, no es aplicable a la división el artículo 1420 ni las demás normas establecidas para los contratos con propósito común, porque en ella deben intervenir, necesariamente, todos los copartícipantes; de otro modo, el acto es nulo. Desde este punto de vista, la división convencional parece bastante cercana a los contratos plurilaterales complejos, los cuales, precisamente, no se pueden celebrar si no es con la participación de todos los interesados, y en los cuales no es concebible la falta de una parte sin que ésta afecte todo el contrato. En cambio, esta categoría se aparta de los contratos plurilaterales complejos, y se acerca a los simples, porque en ella las partes, necesariamente, no son más de dos: existirán tantas partes según el número de copartícipantes.

En realidad, la división es regulada por normas propias, contenidas, parcialmente, en el libro II del Código Civil (artículos 713(NP41) y siguientes), y en el libro III (artículo 1111 (NP42) Y siguientes) del mismo Código; su regulación se aparta de la normada por el legislador en materia de contrato en general; en particular, la regulación de los vicios de la voluntad (artículo 761 (NP43") y de la rescisión por lesión (artículo 763(NP44") es peculiar de la división. Además el copartícipante singular puede pretender la división, aun contra la voluntad de los otros, que estarán obligados a intervenir, si quieren evitar una división judicial. En cambio, el contrato es normalmente el resultado de una concordante valoración positiva de la conveniencia de llegar a una celebración.

Por lo tanto, parece posible poner en duda, inclusive, la afirmación de que la división sea un verdadero contrato. Generalmente, se considera que la división está comprendida en la categoría de los contratos que extinguen una relación jurídica patrimonial, referidos en la previsión del artículo 1321. Contra la tesis contractualista se puede observar que el legislador no menciona jamás ningún "contrato" de división; él siempre habla de "acto" de división (cfr. artículo
1350, numeral 11 (NP45"). Más en general, y no obstante la fórmula omnicomprensiva del artículo 1321, parece ser difícil incluir entre
los contratos a los actos con los cuales un vínculo es extinguido. Tradicionalmente, el contrato es la convención con la cual el vínculo es más bien creado o estipulado(l8).

(NP16) [N. de los P.] "Artículo 17 del Código Civil italiano de 1942. Adquisición de inmuebles y aceptaáón de donaciones, herencias y legados.- La persona jurídica no puede adquirir inmueble s, ni aceptar donaciones, o herencias, ni conseguir legados sin
autorización gubernamental.
Sin esta autorización, la adquisición y la aceptación no tienen efecto".
Este artículo ha sido derogado por el artículo 13 de la Ley del 15 de mayo de
1997, n. 127.
(NP17) [N. de los P.] "Artículo 774 del Código Civil italiano de 1942. Capacidad de donar. - No pueden hacer donación aquellos que no tienen la plena capacidad de disponer de los propios bienes. Sin embargo, es válida la donación hecha por el menor y por el inhabilitado en su contrato de matrimonio conforme a los artículos 165 y 166.

Las disposiciones anteriores se aplican también al menor emancipado autorizado para el ejercicio de una empresa comercial".
(NP18) [N. de los P.] "Artículo 777 del Código Civil italiano de 1942. Donaciones hechas por representantes de personas incapaces. - El padre y el tutor no pueden hacer donaciones por la persona incapaz representada por ellos.
Se consienten, con las formas habilitantes exigidas, las liberalidades con ocasión de matrimonio a favor de los descendientes del sujeto a interdicción o del inhabilitado".
(NP19) [N. de los P.] "Artículo 779 del Código Civil italiano de 1942. Donación afavor del tutor o pro tutor. - Es nula la donación a favor de quien ha sido tutor o protutor del donante, si se hace antes de que haya sido aprobado el balance o se haya extinguido la acción para la rendición de dicho balance.
Se aplican las disposiciones del artículo 599".
[A. de los P.] "Artículo 1628 del Código Civil peruano.- La donación en favor de quien ha sido tutor o curador del donante está sujeta a la condición suspensiva de ser aprobadas las cuentas y pagado el saldo resultante de la administración".
(NP20) [N. de los P.] "Numerales 1 y 2 del artículo 1471 del Código Civil italiano de 1942. Prohibiciones especiales de comprar.- No pueden ser compradores ni menos en la subasta pública, ni directamente ni por interpósita persona:
1) los administradores de los bienes del Estado, de los municipios provinciales o de otros entes públicos, respecto de los bienes confiados a su cuidado;
2) Los funcionarios públicos, respecto de los bienes que son vendidos por su ministerio.
3) Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes.
4) Los mandatarios, respecto a los bienes que han sido encargados de venderlos, salvo lo dispuesto en el artículo 1395.

En los primeros dos casos la adquisición es nula; en los otros es anulable".

[A. de los P.] "Artículo 1366 del Código Civil peruano.- No pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:

1) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Senadores y Diputados, los Ministros de Estado y funcionarios de la mismajerarquía, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los miembros del
Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General de la República, el Presidente y Directores del Banco Central de Reserva del Perú y el Superintendente de Banca y Seguros, los bienes nacionales.

2) Los Prefectos y demás autoridades políticas, los bienes de que trata el inciso anterior, situados en el territorio de su jurisdicción.

3) Los funcionarios y servidores del Sector público, los bienes del organismo al que pertenecen y los confiados a su administración o custodia o los que para ser transferidos requieren su intervención.

4) Los Magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, los bienes que estén o hayan estado en litigio ante eljuzgado o el tribunal en cuyajurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones.

5) Los miembros del Ministerio Público, los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido por razón de su función.

6) Los abogados, los bienes que son objeto de unjuicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluidoven todas sus instancias. Se exceptúa el pacto de cuota litis.

7) Los albaceas, los bienes que administran.
8) Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes.
9) Los agentes mediadores de comercio, los martille ros y los peritos, los bienes cuya venta o evaluación les ha sido confiada, hasta después de un año de su intervención en la operación".
(NP21) [N. de los P.] "Artículo 1394 del Código Civil italiano de 1942. Conflictos de intereses.- El contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado si así lo demanda el representado, si el conflicto era conocido o reconocible por el tercero".
(NP22) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1395 del Código Civil italiano de 1942. Contrato consigo mismo.- La impugnación sólo puede ser interpuesta por el representado".
[A. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 166 del Código Civil peruano.- El ejercicio de la acción le corresponde al representado.
(NP23) [N. de los P.] "Artículo 378 del Código Civil italiano de 1942. Actos prohibidos al tutor y al protutor. El tutor y el protutor no pueden, ni siquiera en la subasta pública, convertirse en adquirentes directamente o por interpósita persona de los bienes y de los derechos del menor.
No pueden tomar en arrendamiento los bienes del menor sin la autorización y las cautelas füadas por eljuez tutelar.
Los actos realizados en violación de estas prohibiciones pueden ser anulados a instancia de las personas indicadas en el artículo precedente, a excepción del tutor y del protutor que lo han realizado.
El tutor y el pro tutor no pueden ni siquiera convertirse en cesionarios de algún derecho o crédito a través del menor".
[A. de los P.] "Artículo 531 del Código Civil peruano.- Los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sino

con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor.
"Artículo 536 del Código Civil peruano.- Los actos practicados por el tutor sin la autorización judicial requerida por los artículos 531 y 532, no obligan al menor sino dentro de los límites del segundo párrafo del artículo 456".
(NP24) [N. de los P.] "Artículo 784 del Código Civil italiano de 1942. Donación al concebido - La donación se puede hacer también a favor de quien está solamente concebido, o bien a favor de los hijos de una determinada persona que vive al tiempo de la donación, aun cuando no hayan sido todavía concebidos.
La aceptación de la donación a favor de las personas por nacer, incluso de las no concebidas, se regula por las disposiciones de los artículos 320 y 321.
Salvo diversa disposición del donante, la administración de los bienes donados corresponde al donante o a sus herederos, los cuales pueden ser obligados a prestar garantía idónea. Los frutos madurados antes del nacimiento se reservan al donatario si la donación se hace a favor de una persona por nacer ya concebida. Si se hace a favor de una persona no concebida, los frutos se reservan al donante hasta el momento del nacimiento del donatario".
[A. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil peruano.- La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".
(NP25) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1389 del Código Civil italiano de 1942. Capacidad del representante y del representado.- Cuando la representación es conferida por

el interesado, para la validez del contrato celebrado por el representante bastará que éste tenga la capacidad de entender y de querer, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato mismo, siempre que el representado sea legalmente capaz".
(NP26) [N. de los P.] "Numeral 1 del artículo 350 del Código Civil italiano de 1942. Incapacidad para el oficio tutelar.- No pueden ser nombrados tutores y, si han sido nombrados, deben cesar en el cargo: Quienes no tienen la libre administración del propio patrimonio".
(NP27) [N. de los P.] "Artículo 2 del Código Civil italiano de 1942. Mayoría de edad. Capacidad de obrar.- La mayoría de edad queda f~ada al momento de cumplir los 18 años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad de realizar todos los actos respecto de los cuales no se halle establecida una edad diversa.
Están a salvo las leyes especiales que establecen una edad inferior en materia de capacidad de prestar el propio trabajo. En tal caso el menor está habilitado al ejercicio de los derechos y de las acciones que dependen del contrato de trabajo".
El primer párrafo fue sustituido por los artículos 13 de la Ley del 08 de marzo de 1975, n. 59 y 1 de la Ley del 03 de febrero de 1975, n. 18, sobre tutela del trabajo de los niños y adolescentes. En su versión original decía lo siguiente: "Mayoría de edad. Capacidad de obrar. La mayoría de edad queda f~ada al momento de cumplir los 21 años.

Con la mayoría edad se adquiere la capacidad de realizar todos los actos
respecto de los cuales no se halle establecida una edad diversa".

El segundo párrafo ha sido adicionado por la Ley del 17 de octubre de 1967,
n. 977 y Ley del 19 de octubre de 1970, n. 864. .

(NP28) [N. de los P.] "Artículo 391 del Código Civil italiano de 1942.- Emancipación por providencia del juez tutelar.- El menor que ha cumplido los dieciocho años puede ser emancipado por el juez tutelar a instancia del padre que ejerce la patria potestad o del tutor.
La emancipación puede acordarse por el juez tutelar a instancia del mismo menor, citados los padres o el tutor. Eljuez tutelar no puede conceder emancipación sin el consentimiento del padre que ejerce la patria potestad, salvo que concurran razones gravísimas".
El texto ha sido derogado por el artículo 6 de la Ley de 08 de marzo de 1975, n. 39.
(NP29) [N. de los P.] "Artículo 398 del Código Civil italiano de 1942. Revocación de la emancipación. - Cuando los actos del menor demuestren su incapacidad para administrar, la emancipación otorgada por el artículo 391 puede ser revocada por eljuez tutelar a instancia de quien pidió la emancipación o aun de oficio, citado el menor.
Revocada la emancipación, el menor entra de nuevo bajo la patria potestad o la tutela y permanece en ella hasta la mayoría de edad".
El texto ha sido derogado por el artículo 6 de la Ley de 08 de marzo de 1975, n. 39.
(NP30) [N. de los P.] "Artículo 399 del Código Civil italiano de 1942. Publicidad. - Las providencias por las cuales se concede o revoca la emancipación deben ser inscritas, al cuidado del secretario, en registro especial y comunicadas dentro de los diez días al oficial del estado civil para que las anote al margen del acta de nacimiento del emancipado.

La publicidad de las providencias relativas a la autorización del ejercicio de
la empresa comercial o a la revocación de la autorización se regula por el libro V".

El texto ha sido derogado por el artículo 6 de la Ley de 08 de marzo de
1975, n. 39.
(NP31) [N. de los P.] "Artículo 15 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano de 1942. Abrogación de las leyes.- Las leyes no son abrogadas sino por leyes posteriores con declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad entre las nuevas disposiciones y las precedentes, o porque la nueva ley regula toda la materia ya regulada por la ley anterior".
(NP32) [N. de los P.] "Artículo 1837 del Código Civil italiano de 1942. Libretas a favor de menores.- El menor que ha cumplido dieciocho años puede efectuar válidamente depósitos de ahorros y hacer cobros sobre los mismos, salvo la oposición de su representante legal.
La libreta de depósito de ahorros librada al menor debe ser nominativa Quedan a salvo las disposiciones de las leyes especiales".
El texto ha sido derogado por el artículo 11 de la Ley de 08 de marzo de 1975, n. 39.
(15) Esta terminología es usada por F. MESSINEO, Il contratto in genere, cit., t. 1, p. 101, quien atribuye su creación a PUGLlAITI.
(NP33) [N. de los P.] "Artículo 1716 del Código Civil italiano de 1942. Pluralidad de mandatarios.- Salvo pacto en contrario, el mandato conferido a varias personas designadas para operar conjuntamente no tiene efecto, si no es aceptado por todas.
Si en el mandato no se declara que los mandatarios deben obrar conjuntamente, cada uno de ellos puede celebrar el negocio. En este caso el mandante, apenas realizada la celebración debe dar noticia de ello a los otros mandatarios; en su

defecto está obligado a resarcir los daños derivados de la omisión o del retardo.

Si varios mandatarios han obrado conjuntamente, de cualquier manera que
sea, los mismos están obligados solidariamente frente al mandante".

[A. de los P.] "Artículo 1795 del Código Civil peruano.- Si son varios los man
datarios y están obligados a actuar conjuntamente, su responsabilidad es solidaria".

(NP34) [A. de los P.] "Artículo 223 del Código Civil peruano.- En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ellas deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias".

(NP35) [A. de los P.] El Código Civil peruano no regula este supuesto.

(NP36) [N. de los P.] "Artículo 1459 del Código Civil italiano de 1942. Resolución del contrato plurilateral.- En los contratos indicados en el artículo 1420, el incumplimiento de una de las partes no implica la resolución del contrato respecto de las demás, salvo que la prestación faltan te deba considerarse esencial, de acuerdo con las circunstancias".

[A. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1434 del Código Civil peruano.En los casos de incumplimiento, las otras partes pueden optar por resolver el vínculo respecto del que hubiese incumplido o exigir su cumplimiento".

(NP37) [N. de los P.] "Artículo 1466 del Código Civil italiano de 1942. Imposibilidad del contrato plurilateral.- En los contratos indicados en el artículo 1420, la imposibilidad de la prestación de una de las partes no implica la disolución del

contrato respecto de las demás, salvo que la prestación faltante se deba considerar esencial, de acuerdo con las circunstancias".
[A. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1434 del Código Civil peruano.- En los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, la imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación por una de las partes no determina la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación incumplida se considere esencial, de acuerdo con las circunstancias".
(NP38) [N. de los P.] "Artículo 1332 del Código Civil italiano de 1942. Adhesión de otras partes al contrato.- Si otras partes pueden adherirse a un contrato, y no se han determinado las modalidades de la adhesión, ésta debe ser dirigida al órgano que se haya constituido para la ejecución del contrato o, en ausencia del mismo, a todos los contratantes originales".
[A. de los P.] "Artículo 1391 del Código Civil peruano.- Cuando se permita la adhesión por terceros a un contrato ya celebrado y no se determine la manera de adherirse, el interesado debe dirigirse al órgano constituido para la ejecución del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios".
(NP39)[N. de los P.] "Artículo 1798 del Código Civil italiano de 1942. Noción.El secuestro convencional es el contrato por el cual dos o más personas confían a un tercero una cosa o una pluralidad de cosas, respecto de la cual haya surgido entre ellas controversia, para que la custodie y la restituya a aquella a quien corresponda una vez que la controversia sea definida".
[A. de los P.] "Artículo 1857 del Código Civil peruano.- Por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia".

(NP40) [N. de los P.] El texto anterior a la modificación indicaba lo siguiente: "Constitución del patrimonio familiar.- Puede constituirse en patrimonio familiar determinados bienes inmueble s o títulos de crédito.
La constitución del patrimonio familiar implica la inalienabilidad de los bienes y el destino de los frutos en beneficio de la familia.
La constitución puede hacerse también durante el matrimonio, por uno o por ambos cónyuges, mediante escritura pública, o bien por un tercero, a través de escritura pública o por testamento". '

Se transcribe el texto actual según el artículo 49 de la Ley de reforma del
derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151:

"Artículo 177 del Código Civil italiano de 1942. Objeto de la comunidad.- Cons
tituyen objeto de la comunidad:

a) Los adquiridos por los dos cónyuges conjunta o separadamente durante
el matrimonio, excluyendo aquellos bienes personales;

b) Los frutos de los bienes propios de cualquiera de los cónyuges, percibidos
y no consumidos a la disolución de la comunidad;

c) Los provenientes de la actividad separada de cualquiera de los cónyuges si
no son consumidos al momento de la disolución;

d) Las empresas administradas por ambos cónyuges y constituidas después
del matrimonio;

Cuando se trate de empresas pertenecientes a uno de los cónyuges anteriormente al matrimonio pero administrados por ambos, la comunidad se refiere sólo a las utilidades y a los incrementos".

(16) Esta norma, y con ésta la institución de la dote, han sido suprimidas por la nueva ley de reforma del derecho de familia.
(17) G. Om, voz" Contratto", cit., p. 476. F. SANTORo-P ASSARELLl, Dottrine generali del diritto civile, cit., p. 211, propone como ejemplo de negocio plurilateralla constitución de dote por parte de un tercero, e identifica el negocio con la figura del contrato plurilateral.

(NP41) [N. de los P.] "Artículo 713 del Código Civil italiano de 1942. Facultad de
pedir la división.- Los coherederos pueden siempre pedir la división.
Pero cuando todos los herederos instituidos o algunos de ellos son menores de edad, el testador puede disponer que la división no tenga lugar antes de que haya transcurrido un año desde la mayoría de edad del último nacido.
Puede disponer también que la división de la herencia o de algunos bienes de ella no tenga lugar antes de que haya transcurrido desde la muerte un plazo que no exceda de los cinco años.
Sin embargo, en ambos casos la autoridad judicial, cuando graves circunstancias lo exijan, puede, a instancia de uno o varios coherederos, autorizar que la división se efectúe sin demora o después de transcurrido un plazo menor del establecido por el testador".
[A. de los P.] "Artículo 850 del Código Civil peruano.- Eljuez puede ordenar, a petición de cualquiera de los herederos, la partición total o parcial de los bienes hereditarios antes del vencimientos del plazo de la indivisión, si sobrevienen circunstancias graves que lajustifiquen".
(NP42) [N. de los P.] "Artículo 1111 del Código Civil italiano de 1942. Disolución de la comunidad. - Cada uno de los participantes puede pedir siempre la disolución de la comuni-

dad; la autoridad judicial puede establecer una adecuada dilación, no superior en cualquier caso a los cinco años, si la disolución inmediata puede perjudicar los intereses de los otros.
El pacto de permanecer en comunidad por un tiempo no mayor de diez años es válido y tiene efecto también en cuanto a los causahabientes de los participantes. Si se ha estipulado por un plazo mayor, éste se reduce a diez años.
Si circunstancias graves lo exigen, la autoridad judicial puede ordenar la disolución de la comunidad antes del tiempo convenido".
[A. de los P.] "Artículo 845 del Código Civil peruano.- Los copropietarios están obligados a hacer partición cuando Uno de ellos o el acreedor de cualquiera lo pida, salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que f~e plazo para la partición".
(NP43) [N. de los P.] "Artículo 761 del Código Civil italiano de 1942. Anulación por violencia o dolo. - La división puede ser anulada cuando es efecto de violencia o de dolo.
La acción prescribe a los cinco años a contados desde el día en que ha cesado
la violencia o en que el dolo se ha descubierto".
(NP44) [N. de los P.] "Artículo 763 del Código Civil italiano de 1942. Rescisión por lesión. - La división puede rescindirse cuando alguno de los coherederos prueba haber sido lesionado en más de la cuarta parte.
La rescisión se admite también en el caso de división hecha por el testador, cuando el valor de los bienes asignados a alguno de los coherederos es inferior en más de una cuarta parte a la cuantía de la cuota correspondiente al mismo.
La acción prescribe a los dos años de la división".
(NP45) [N. de los P.] "Numeral 11 del artículo 1350 del Código Civil italiano de 1942.- Actos que deben realizarse

por escnto.- Deben efectuarse por escritura pública o por documento privado, bajo sanción de nulidad: Los actos de división de bienes inmuebles y de otros derechos reales inmobiliarios".
(18) Véase, sobre este punto: L. FERRI, "Definizione giuridica e significato di contratto. La parota CO'/71R limite all'arbitrarieta dei concetti giuridid', en "Giurisprudenza italiana", 1970, IV, col. 25.

CAPÍTULO III

El objeto del contrato

Sobre la noción de objeto del contrato

El objeto está comprendido entre los requisitos del contrato enumerados en el artículo 1325(NPl): del objeto del contrato se ocupan, específicamente, los artículos 1346 a 1349(NP2).

1. (NPl) [N. de los P.] "Artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942. Indicación de los requisitos.- Los requisitos del contrato son:
1) El acuerdo de las partes;
2) La causa;
3) El objeto;
4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad".

[A. de los P.] "Artículo 140 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1) Agente capaz.
2) Objeto física y jurídicamente posible.
3) Fin lícito.
4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

Artículo 1347. Posibilidad sobrevenida del objeto.- El contrato sometido a condición suspensiva o a plazo es válido si la prestación inicialmente imposible deviene posible antes de la realización de la condición o de la caducidad del plazo.
Artículo 1348. Cosas futuras.- La prestación de cosas futuras puede ser com
prometida en el contrato, con excepción de las específicas prohibiciones de la ley.
Artículo 1349. Determinación del objeto.- Si la determinación de la prestación que se deduce del contrato ha sido delegada a un tercero y no resulta que las partes hayan querido someterse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder con una apreciación equitativa. Si falta la determinación del tercero o si ésta es manifiestamente inicua o errónea, la determinación es hecha por eljuez.
La determinación delegada al mero arbitrio del tercero no se puede impugnar sino probando su mala fe. Si falta la determinación del tercero y las partes no llegan a un acuerdo para sustituido, el contrato es nulo.
En la determinación de la prestación el tercero también debe tener en cuenta las condiciones generales de la producción a las cuales el contrato, eventualmente, haga referencia".

[A. de los P.] "Artículo 1403 del Código Civil peruano.- La obligación que es
objeto del contrato debe ser lícita.

La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella
deben ser posibles".

"Artículo 1404 del Código Civil peruano.- La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo".

"Artículo 1407 del Código Civil peruano.- Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo".

"Artículo 1408 del Código Civil peruano.- La determinación librada al mero
arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe.

Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo".

"Artículo 1410 del Código Civil peruano.- Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo, que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley".

En la doctrin~ se presenta una notable diversidad de opiniones sobre la noción de objeto del contrato, y también sobre la distinción entre objeto del contrato y objeto de la obligación.

Se afirma que, normalmente, el objeto del contrato y el objeto de la obligación coinciden, y que, por tanto el objeto del contrato debe reconocerse en la prestación. No parece, sin embargo, que dicha coincidencia se pueda apreciar en la hipótesis de los contratos con efectos reales, donde la transferencia de la propiedad (o la constitución, transferencia o modificación del derecho real) no constituye, propiamente, una prestación, sino un efecto automático del contrato(l).
Algunos autores identifican el objeto del contrato con su contenido (de "contenido" del contrato se habla en el artículo 1322, primer párrafo (NP3)) : pero el concepto de "contenido" es más amplio que el de "objeto del contrato"; los sujetos, en efecto, pueden comprenderse en el contenido del contrato, en el sentido de que ellos deben estar determinados en el contrato. Por consiguiente, no son los sujetos considerados en sí mismos, sino la contemplación o determinación de los sujetos lo que forma parte del contenido necesario e infaltable del contrato.
Podría pensarse que como objeto del contrato se debe considerar la cosa o el bien: esta interpretación tenía sustento en la normativa del Código Civil de 1865, y, en particular, en los artículos 1116 a
1118. En cambio, el nuevo Código deja entender, en numerosas normas, que el legislador, cuando habla de "objeto del contrato", hace referencia a las prestaciones, a las cuales están obligadas las partes (véanse los artículos 1346 a 1349).
Los requisitos del objeto, indicados en tales artículos, no son aplicables, por su naturaleza, a una cosa o a un bien, sino a una actividad; así ocurre, por lo menos, con el requisito de la licitud y con el de la posibilidad.
En este marco, el objeto del contrato viene a coincidir -como se ha anotado- con el objeto de la obligación: sin embargo, se debe observar que en lo referente al requisito de la determi-

nación, éste se halla referido, no sólo a la prestación como tal, sino también a la cosa o al bien que la prestación, a su vez, puede tener por objeto; ello, en tanto la indeterminación de la cosa se traduce en una indeterminación de la prestación. Queda el problema de los contratos con eficacia real: la transferencia de la propiedad no es propiamente una prestación, sino el efecto jurídico del contrato, es decir, del consentimiento o del acuerdo.

Un sector de la doctrina se esfuerza en incluir la misma transferencia de propiedad (y los demás cambios jurídicos de naturaleza real) en un concepto amplio de prestación: si se sigue esta concepción, se debe reconocer que la prestación, objeto del contrato, no siempre se identifica con la prestación, objeto de la obligación. La tesis que se acaba de enunciar parece tener confirmación en el artículo 1376, en el que se habla de "contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad".

Sin embargo, esta tesis da la impresión de no tener en cuenta la distinción, pacífica en la doctrina, y también acogida en el Código Civil, entre requisitos del contrato -entre ellos, el objeto- y efectos del contrato: ahora bien, la transferencia de la propiedad parece ser más bien un efecto del contrato. Se agrega, en particular, que la licitud, así como la posibilidad no parecen referirse a un efecto
jurídico, respecto del cual sólo se puede discutir si se ha verificado o no. En otras palabras, la licitud y la posibilidad tienen sentido sólo si están referidas a una actividad a desarrollar. El objeto del contrato no está representado por tal actividad considerada en sí misma, sino por la contemplación o la previsión de la misma: la observación que efectuamos antes, respecto de los sujetos, vale también para el objeto.

Nosotros también creemos que la transferencia de la propiedad, la constitución, etc. del derecho real, representan más

bien los efectos del contrato, tal cual ocurre con el nacimiento de la obligación, en los llamados "contratos obligatorios". Ello no debe llevar a descartar que en los contratos de la primera especie falte la prestación (por parte de quien realiza la transferenciá, etc.). Para comenzar, en muchos casos existirá la prestación "entrega de la cosa". Además, en todos los casos, existirá el deber de respetar la nueva situación jurídica constituida con el contrato, que se corresponderá con una prestación negativa, con un no-hacer. Si dicho deber es violado por la parte, habrá incumplimiento del contrato, y el otro contratante podrá recurrir a la acción contractual para exigirle su respeto,junto con el resarcimiento del eventual daño. Ahora bien, esta presta
ción negativa, este no-hacer, constituirá, en los contratos con eficacia real, el objeto del contrato. Respecto de esta prestación se podrá cuestionar su posibilidad o licitud, aun cuando, en la práctica, la ausencia de tales requisitos podrá configurarse sólo en raros casos.

2. Sobre los requisitos del objeto del contrato. Posibilidad

La ley establece que el objeto debe ser posible; ello se tiene que entender en el sentido de que la actividad que las partes se han obligado a desarrollar, debe ser material o físicamente posible. Si se trata de un hacer fungible, la imposibilidad, para hacer nulo el contrato, debe ser absoluta, se debe tratar de una prestación que nadie est:aría en condición de ejecutar. En cambio, en el caso de un hacer nofungible, puede bastar, normalmente, una imposibilidad relativa, es decir, una imposibilidad del sujeto obligado, cuando no derive de causa imputable a éste (artículo 1218(NP4").
La doctrina distingue entre una imposibilidad "material" o "física" y una imposibilidad 'Jurídica". Se comprenden en

este segundo tipo de imposibilidad las prestaciones que tienen por objeto patrimonios nacionales, y, en general, cosas fuera del comercio o actividades no susceptibles de valoración económica. Observamos que, en esta última hipótesis, falta la patrimonialidad, que es un requisito de la obligación, según el artículo 1174(NP5), Y también de la relación contractual (artículo 1321 (NP6"). En cuanto a los contratos relativos a patrimonios nacionales, y, en general, a cosas fuera del comercio, parece que se recurre, más bien, a la figura del negocio ineficaz. El mismo discurso puede realizarse con respecto a la adquisición de una cosa propia, que la jurisprudencia parece asimilar, en cambio, con la figura, distinta, de la ausencia de causa [véase la sentencia de la Corte de Casación, n. 1025, del 7 de abril de 1971, en "Giurisprudenza
italiana", 1972, 1, 1, col. 1232, del todo incidental]. Consideramos,
en general, que la imposibilidad jurídica se identifica propiamente con la ilicitud.

Aun cuando el contrato esté sujeto a condición suspensiva o a plazo, la imposibilidad inicial de la prestación no impide la validez, si la misma prestación se vuelve posible antes de la realización de la condición o del vencimiento del plazo (artículo 1347).

En el artículo 1348 se establece que el contrato puede tener por objeto la prestación de cosas futuras: la norma, sin embargo, no se refiere al objeto del contrato, es decir, a la prestación, sino a la cosa que constituye el objeto de la prestación.

En el artículo 14 72(NP7), en particular, se regula la venta de cosa futura como objeto del contrato.

En la venta de cosa futura, la transferencia de la propiedad es diferida hasta el momento en el que la cosa llega a existir: es

asimilada a esta figura la venta de árboles o de frutos de un fundo, en el que la propiedad se adquiere cuando los árboles son podados o cuando los frutos son separados. El riesgo consiste en el hecho de que la cosa puede no llegar a existir, o de que los frutos pueden ser destruidos antes de la separación, y es al vendedor a quien corresponde soportado, en tanto que el precio será pagado por el comprador sólo ~i la cosa llega a existir (emptio rei speratae): en el artículo 1472, segundo párrafo, se dispone que la venta es nula si la cosa no llega a existir
(entiéndase como cosa autónoma).
La norma exceptúa el caso en que las partes consideran celebrar un contrato aleatorio (la llamada emptio spei); en tal hipótesis, las partes confían en la suerte, y la venta se mantiene firme; en todo caso, llegue o no a existir la cosa, el comprador estará obligado a pagar el precio pactado.
La ley prohíbe que en determinados contratos se puedan deducir como objeto de la prestación cosas futuras: así se dispone, por ejemplo, en el artículo 771 (NP8), en materia de donación, y lo mismo ocurría en el artículo 179(NP9), respecto de la dote. La inobservancia de la prohibición determinará la nulidad del contrato, ya no por imposibilidad del objeto, sino por contrariedad a normas imperativas (artículo 1418, primer párrafo(NPlO)).
Finalmente, y como se ha visto, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en una de las partes, determina la resolución de pleno derecho del contrato con prestaciones recíprocas, y la liberación del obligado, en el contrato con prestaciones para una sola parte (artículo 1463(NPll)).

3. Licitud

También el requisito de la licitud está referido, como es evidente, a las actividades que las partes se han obligado a desarrollar. Consideramos que por "ilicitud" se debe entender contrariedad a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Por cuanto la ilicitud del objeto y la ilicitud de la causa tienen las mismas consecuencias en el plano jurídico, y determinan la nulidad del contrato, las dos situaciones son consideradas conceptualmente distintas.
La ilicitud del objeto deriva de la ilicitud de las prestaciones consideradas en cuanto tales; en cambio, la ilicitud de la causa es ilicitud del propósito que el contrato busca perseguir.
En la práctica, existe ilicitud de la causa, y no del objeto, cuando las prestaciones, aisladamente consideradas, son lícitas, pero en su interdependencia se presentan como ilícitas(2).
El problema también podría tener reflejos prácticos desde el punto de vista de la restitución de lo que se ha dado en cumplimiento del contrato; ello no sería susceptible de repetición en caso de causa ilícita por ofensa a las buenas costumbres (artículo 2035(NP12").

4. Determinación o determinabilidad

El objeto del contrato debe ser determinado o determinable. Hay determinación del objeto cuando las prestaciones están totalmente individualizadas, en su calidad y cantidad, en el contrato: hay determinabilidad del objeto, cuando en el contrato se indican los modos para llegar a la determinación posterior de las prestaciones o de una de éstas(3).
El objeto es determinado, y no simplemente determinable, cuando la determinación de la cantidad de la prestación, que

no resulta directamente del contrato, puede efectuarse a través de un simple cálculo aritmético: por ejemplo, cuando un fundo sea vendido a una cantidad por hectárea, sin indicación del precio total. Igualmente dete~minado es el objeto del contrato, en la enajenación de cosas genéricas, cuando sólo se especifique su cantidad, siempre que la calidad de las cosas de género, materia de prestación, no sea inferior a la media (artículo 1178(NP13").

Existe determinabilidad del objeto, en cambio, cuando en el contrato se establece que un tercero debe integrar la determinación del objeto: nosotros consideramos que en ningún caso el objeto puede ser totalmente determinable, es decir, a determinarse en su totalidad.

El tercero al que se confía la tarea de integrar la determinación del objeto del contrato recibe el nombre de "árbitro" (arbitratore), y se distingue del árbitro (arbitro) privado, al que las partes interesadas confían la resolución de una litis surgida entre ellos, o en las formas, y con los efectos previstos en el Código Procesal Civil (artículos 806 y siguientes) (llamado "arbitraje ritual") o en formas libres (llamado "arbitraje no-ritual o libre").

El tercero puede ser llamado por las partes para determinar el objeto del contrato según su justa apreciación (arbitrium boni vin) o según su mero arbitrio (arbitrium merum). En el primer caso, en ausencia de la determinación del tercero, o cuando ésta es abiertamente inequitativa o errónea, la determinación puede ser realizada por eljuez (artículo 1349, primer párrafo). En el segundo caso, la decisión del juez no puede sustituir la determinación del tercero, y ésta sólo puede impugnarse si se prueba su mala fe. Por tanto, según se dispone en el artículo 1349, segundo párrafo, si falta la determinación del tercero llamado a decidir según mero arbitrio, y si las partes no acuerdan sustituirlo, el contrato es nulo.

En el artículo 1473(NP14) sólo se hace referencia al arbitrium boni viri, en materia de determinación del precio de la venta confiada a un tercero: cuando las partes hayan acordado someterse al arbitrium merum del tercero, será aplicable el artículo 1349, segundo párrafo, antes examinado.
Para ciertos contratos, la ley prevé que la determinación de la contraprestación puede realizarse después de la celebración del contrato, e incluso posteriormente a la ejecución de la prestación. Al efecto, la ley dicta normas que tienen el fin de suplir la incompleta determinación inicial del objeto, y de conservar, así, la validez al contrato. En particular, se establece que la determinación de la contraprestación se efectúa según las tarifas existentes o según los usos, y, en ausencia de estos, la determinación es remitida al juez (véase el artículo 1657(NP15J, en materia de contrata, el artículo 2225(NP16), sobre el contrato de obra, el artículo 2233(NP17), para las profesiones intelectuales; cfr., también, el artículo 1474(NP18) en materia de venta, donde se hace referencia, en primer lugar, al precio normalmente practicado por el vendedor). Finalmente, el criterio de determinación es f9ado, a veces, mediante normas coactivas (cfr. artículos 1339(NP19J, 1679(NP2O)".

(NP2) [N. de los P.] "Artículo 1346 del Código Civil italiano de 1942. Requisitos. El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable.
(1) G. MIRABELLI, Dei contratti in generale, cit., p. 127, identifica el objeto del contrato con la prestación. R. SCOGNAMIGLIO, Dei contratti in generale, en Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bolonia-Roma, 1970, p. 353, asimila genéricamente el objeto al contenido del contrato.

[A. de los P.] Rómulo MORALES HERVIAS, Objeto y tiPo en las teorias del negocio jurídico y del contrato. A propósito de la reforma del Código Civil., en Advocatus, Nueva Época, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, NQ 9, 11, Lima, 2003, p. 241: "El contenido del contrato consiste en una o varias reglas de comportamiento pero también se refiere a sus efectos. El contrato tiene siempre, desde este punto de vista, un contenido reglamentario y un contenido de efectos. Entonces, el contenido del negocio se reduce a una o varias reglas de comportamiento y a los efectos. Esta concepción confunde lo que es estructura y función. Además este concepto hace difícil diferenciar el objeto de los otros elementos del contrato, es decir, los elementos del contrato se reducirían al contenido".

(NP3) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1322 del Código Civil italiano de 1942. Autonomía contractuaL- Las partes pueden establecer libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley".

[A. de los P.] "Artículo 1354 del Código Civil peruano.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

(NP4) [N. de los P.] "Artículo 1218 del Código Civil italiano de 1942. Responsabilidad del deudor.- El deudor que no realiza exactamente la prestación debida estáobligado al resarcimiento del daño a menos que pruebe que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por imposi~ilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él".

[A. de los P.] "Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por

causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación".
(NP5) [N. de los P.] "Artículo 1174 del Código Civil italiano de 1942. Carácter patrimonial de la prestación.- La prestación que constituye objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aun cuando no sea patrimonial, del acreedor".
(NP6) [N. de los P.] "Artículo 1321 del Código Civil italiano de 1942. Noción.-El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas".
[A. de los P.] "Artículo 1351 del Código Civil peruano.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".
(NP7) [N. de los P.] "Artículo 1472 del Código Civil italiano de 1942. Venta de cosas futuras.- En la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica tan pronto como la cosa llega a tener existencia. Si el objeto
de la venta son los árboles o los frutos de un fundo, la propiedad se adquiere cuan-do los árboles son cortados o los frutos son separados.

Cuando las partes no hayan querido celebrar un contrato aleatorio, la venta
es nula si la cosa no llega a tener existencia".
[A. de los P.] "Artículo 1534 del Código Civil peruano.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia".
"Artículo 1535 del Código Civil peruano.- Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio".
"Artículo 1536 del Código Civil peruano.- En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir".
(NP8) [N. de los P.] "Artículo 771 del Código Civil italiano de 1942. Donación de bienes futuros.- La donación no puede comprender más que los bienes presentes del donante. Si comprende bienes futuros, es nula respecto a éstos, salvo que se trate de frutos aun no separados.
Cuando el objeto de la donación sea una universalidad de cosas y el donante conserve el goce de ellas reteniéndolas en su poder, se consideran comprendidas en la donación también las cosas que se agregan posteriormente, salvo que del acto resulte una voluntad diversa".
(NP9) [N. de los P.] En su versión original decía lo siguiente: "Bienes futuros.- La constitución de dote no puede comprender los bienes futuros".
El actual artículo 58 de la Ley de reforma del derecho de familia, del 19 de mayo de 1975, n. 151, establece lo siguiente:
"Artículo 179 del Código Civil italiano de 1942. Bienes personales.- No constituyen objeto de la comunidad y son bienes personales del cónyuge:
a) Los bienes que antes del matrimonio, el cónyuge era propietario o respecto al cual era titular de un derecho real de goce;
b) Los bienes adquiridos sucesivamente al matrimonio por efecto de la donación o sucesión, cuando en el acto de liberalidad o en el testamento no está especificado que son atribuidos a la comunidad;

c) Los bienes de uso estrictamente personales de cualquier cónyuge y sus
accesorios;

d) Los bienes que sirven al ejercicio de la profesión del cónyuge, salvo que
sean destinados a la conducción de la empresa que forma parte de la comunidad;

e) Los bienes obtenidos a título de resarcimiento del daño, así como la pen
sión referente a la pérdida parcial o total de la capacidad laboral;

f) Los bienes adquiridos con el precio de la transferencia de los bienes personales enumerados anteriormente o con su intercambio, a condición de que sean expresamente declarados en el acto de transferencia;

La adquisición de los bienes inmuebles, o de los bienes muebles enumerados en el artículo 2683, efectuado después del matrimonio, está excluida de la comunidad, conforme a los incisos c, d, y f del precedente párrafo, cuando tal exclusión resulte del acto de adquisición si ha sido parte también el otro cónyuge".

(NPIO) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942. Causas de la nulidad del contrato.- El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario".

[A. de los P.] "Artículo V del Título Preliminar del Código civil peruano.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

"Numeral 8 del artículo 219 del Código civil peruano.- El acto jurídico es nulo: En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa".

(NPll) [N. de los P.] "Artículo 1463 del Código Civil italiano de 1942. Imposibilidad total.- En los contratos con prestacio-

nes recíprocas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no podrá pedir la contraprestación y deberá restituir la que ya hubiese recibido según las normas relativas a la repetición del pago indebido".
[A. de los P.] "Artículo 1431 del Código Civil peruano.- En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene impo
sible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.
Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor".

(2) Para un caso de ilicitud de la causa que resulta precisamente de una
valoración compleja o de co~unto de los compromisos asumidos hinc inde, que habrían, aisladamente tomado, carácter lícito, véase: Corte de Casación, sentencia n. 1574, del 27 de mayo de 1971, en "GiurispruMnza italiana", 1972, 1,.1, col. 1510.
(NPI2) [N. de los P.] "Artículo 2035 del Código Civil italiano de 1942. Prestación contraria a las buenas costumbres.- Quien ha realizado una prestación para una finalidad que, también por parte suya, constituya ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir lo que ha pagado".
[A. de los P.] "Artículo 1275 del Có~igo Civil peruano.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.
Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar".

(3) En la sentencia de la Corte de Casación, n. 151, del 23 de enero de

1971, en "GiurisprudEnza italiana", 1973,1,1, col. 306, se ha reconocido que el objeto es determinable cuando las partes han predispuesto el criterio de determinación de la "cantidad de los bienes comunes correspondientes a las singulares unidades inmobiliarias del edificio condominial enajenado" relationem (es decir, con referencia) en lo establecido en los contratos preliminares de venta y según la interpretación judicial de estos últimos.

(NPI3) [N. de los P.] "Artículo 1178 del Código Civil italiano de 1942. Obligación genérica.- Cuando la obligación tiene por objeto la prestación de cosas determinadas solamente en el género, el deudor debe prestar cosas de calidad no inferior a la media".

[A. de los P.] "Artículo 1143 del Código Civil peruano.- En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media".

(NPI4) [N. de los P.] "Artículo 1473 del Código Civil italiano de 1942. Determinación del precio confiada a un tercero.- Las partes pueden confiar la determinación del precio a un tercero, elegido en el contrato o a elegir posteriormente.

Si el tercero no quiere o no puede aceptar el encargo, o bien las partes no se ponen de acuerdo para su nombramiento a petición de una de las partes, se hace por el presidente del tribunal del lugar en que se ha concluido el contrato".

[A. de los P.] "Artículo 1544 del Código Civilperuano.- Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del

precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1407 y 1408".
(NPI5) [N. de los P.] "Artículo 1657 del Código Civil italiano de 1942. Determinación de la contraprestación- Si las partes no han determinado la medida de la contraprestación ni han establecido el modo de determinada, la misma se calcula con referencia a las tarifas existentes o a los usos; en su defecto, se determina por eljuez".
(NPI6) [N. de los P.] "Artículo 2225 del Código Civil italiano de 1942. Remuneración.- La remuneración, si no se ha convenido por las partes y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, se establece por el juez en relación al resultado obtenido o al trabajo normalmente necesario para obtenedo".
(NPI7) [N. de los P.] "Artículo 2233 del Código Civil italiano de 1942. Compensación.- La compensación, si no se ha convenido por las partes y no puede ser determinada según las tarifas o los usos, se determina por el juez, escuchando el dictamen de la asociación profesional a la que el interesado pertenece.
En todo caso, la medida de la remuneración debe ser adecuada a la importancia de la obra y al decoro de la profesión.
Los abogados, los procuradores y los patrocinadores no pueden, ni siquiera por persona interpuesta, estipular con sus clientes ningún pacto relativo a los bienes que constituyen el objeto de las controversias confiadas a su patrocinio bajo sanción de nulidad y del pago de los daños".
(NPI8) [N. de los P.] "Artículo 1474 del Código Civil italiano de 1942. Falta de determinación expresa del precio.- Si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente y las partes no han determinado el precio, ni han convenido el modo de determinado, ni el mismo es estableci-

do por acto de la autoridad pública ["o normas corporativas"], se presume que las partes han querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor".
[A. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1547 del Código Civil peruano.- En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinado, rige el precio normalmente establecido por el vendedor".
(NPI9) [N. de los P.] "Artículo 1339 del Código Civil italiano de 1942. Inserción automática de cláusulas.- Las cláusulas, los precios de bienes o servicios, impuestos por la ley ("o por las normas corporativas") se insertan de pleno derecho en el contrato, incluso en sustitución de las cláusulas diversas establecidas por las partes".
[A. de los P.] "Artículo 1396 del Código Civil peruano.- En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz".
(NP20) [N. de los P.] "Artículo 1679 del Código Civil italiano de 1942. Servicios públicos de líneas.- Aquellos que por concesión administrativa desempeñan servicios de línea para el transporte de personas o de cosas están obligados a aceptar las peticiones de transporte que sean compatibles con los medios ordinarios de la empresa, según las condiciones generales establecidas o autorizadas en el acto de concesión y hechas conocidas al público.

Los transportes deben realizarse según el orden de las peticiones; en caso de varias peticiones simultáneas, debe preferirse siempre aquella de recorrido mayor.

Si las condiciones generales admiten concesiones especiales, el portador está obligado a aplicadas en igualdad de condiciones a cualquiera que formule petición.
Salvo las especiales concesiones admitidas por las condiciones generales, cualquier derogación a las mismas es nula, Yea la cláusula diferente se sustituye la norma de las condiciones generales".

CAPÍTULO IV

La causa del contrato

1. Sobre la noción de causa

Hemos visto que la causa del contrato no es propiamente un componente del contrato, es decir, que no integra su contenido. La causa no es norma, sino fin de normas. Ella constituye el enlace entre la norma, el reglamento contractual, que son realidades ideales, y las necesidades, las exigencias, los intereses, que representan la realidad social concreta. Causa es, en suma, el fin económico-social que las partes persiguen con el contrato o, mejor aun, que resulta perseguido con el contrato.
Por lo tanto, no parece tener fundamento la tesis que niega a la causa la calidad de requisito autónomo, al identificarla con el objeto o con el contenido del contrato: en realidad, la causa se refiere al por qué de la celebración del contrato, al propósito que éste asume en relación con su contenido, y no es, entonces, identificable con éste.
La causa tampoco debe confundirse con el propósito persegui

do singularmente por las partes, es decir, con los motivos que inducen a las partes a contratar: en efecto, la causa, en cuanto requisito del contrato, es un dato común y objetivo del mismo. En la sentencia de la Corte de Casación, n. 1025, del 7 de abril de 1971, [en "Giurisprudenza italiana", 1972,1, 1, col. 1232] se afirma, exactamente, que causa del contrato es la función económico-social que éste "persigue objetivamente", por lo cual resultan extraños a ella los motivos individuales.

En particular, el motivo es la representación psíquica de un hecho o de una situación, que incide en la voluntad del agente como estímulo o impulso, induciéndolo al negocio: los motivos operan al interior de la esfera psíquica del sujeto; constituyen un aspecto interior del agente, y, como regla, no tienen relevancia en el derecho privado. Sin embargo, tampoco son absolutamente irrelevantes. Basta señalar que los vicios de la voluntad conciernen siempre a la esfera interior de los motivos.

La investigación que el juez realiza para determinar la existencia de un vicio de la voluntad, se traduce en un sondeo de orden psicológico. El error-vicio no es más que un error asumido como motivo del negocio jurídico; por ello se denomina también "error-motivo". La voluntad negocialllega a formarse sobre la base de una representación interna que no corresponde a la realidad. El error-vicio, en síntesis, no es más que un motivo erróneo.

Nuestra ley dicta una regulación general del error en materia de contratos (artículos 1427 y siguientes). Existen normas separadas para ese particular contrato que es la donación (artículo 787(NPl)), y para el testamento (artículo 624(NP2)).

En estas últimas normas se habla de "error en el motivo". La expresión es significativa por la vinculación que ella establece entre error y motivo; empero, es poco correcta al mismo

tiempo, porque el error no recae sobre el motivo: es un error del motivo o un error dentro del motivo. El motivo es verdadero y real como motivo; es errada la representación intelectual que forma su contenido. Alguien obrará por uno o por otro motivo, pero no podrá creer que obra por un motivo, y obrar, en cambio, por otro motivo; en otras palabras, no podrá incurrir en error sobre aquel que es el motivo de su acción, como sí debería suceder si se tratara realmente de error "en el motivo". Un error de esta última especie es inconcebible.

El error "en el motivo", al cual se refieren los artículos 624 y 787, es una falsa representación dotada de fuerza impulsiva; es, en otras palabras, motivo erróneo, como también es motivo erróneo el que se concreta en el error esencial al cual se refiere el artículo
1429(NP3), sólo que la falsa representación no recae en elementos de . la hipótesis de hecho [fattispecie] contractual, es decir, sobre los sujetos y el objeto, como está previsto en los numerales 1,2 Y 3 del citado artículo, sino en hechos extraños a ella.

No se debe creer, por otro lado, que en el testamento y en la donación sea relevante sólo dicha especie de error. El llamado "error esencial", o error relativo a los sujetos y al objeto del negocio, es igualmente relevante, y, a fortiori, es el único error cuya posibilidad de corrección se admite en el testamento (artículo 625 (NP4) (1) .

También el dolo, como vicio de la voluntad, es relevante, en tanto hace nacer en la mente de quien lo sufre, aquellos motivos erróneos que lo determinan a realizar el negocio (artículo 1439(NP5), en lo referente a los contratos; artículo 624, para los testamentos).

En cambio, la violencia no genera motivos erróneos, pero sí motivos. El nexo que liga tales motivos con la violencia vuelve inválido el negocio.
Por lo tanto, los vicios de la voluntad se enlazan, indudablemente, con hipótesis de relevancia de los motivos: se trata, siempre, de una relevancia negativa. Jamás sucede que sea requerida la presencia de ciertos motivos; sin embargo, a veces ocurre que el motivo (erróneo o determinado por violencia) vuelve inválido
(para ser precisos, hace anulable) el contrato. La causa, en cambio, debe existir.
Al ubicarse el motivo en un plano meramente psicológico y sub
jetivo, no puede identificarse con la causa del contrato, que es, como señalamos, un requisito objetivo: desde este punto de vista, se muestra como inaceptable la llamada "teoría subjetiva", que identifica la causa con el motivo último o determinante que induce a las partes a realizar el negocio. La Corte de Casación ha confirmado, recientemente, que el propósito práctico perseguido por cada tratante, como motivo o impulso interno, es irrelevante para el derecho [véase la sentencia n. 957, del 7 de abril de 1970, en "Giurisprudenza italiana", 1972,1, 1, col. 246].
Tampoco, empero pueden aceptarse las conclusiones d~ la llamada "teoría objetiva", que identifica la causa con la función económico-social del contrato, reconocida por el derecho en atención a su utilidad social: reconocimiento directo y explícito, en los contratos típicos regulados por la ley; reconocimiento indirecto o a posteriori, realizado a través de unjuicio de correspondencia entre los propósitos perseguidos por las partes y las finalidades del legislador, según lo dispuesto en el artículo 1322, segundo párrafo (NP6) , en los contratos atípicos o innominados.

En efecto, si, por un lado, la teoría subjetiva, al identificar la causa con el propósito subjetivo de las partes, termina echando por la borda la noción de causa como requisito objetivo del contrato, a la cual, por lo demás, y generalmente, pretende prestar atención, por otro lado, la teoría objetiva, que ve la causa en la función económicosocial del tipo contractual, termina ubicando en la ley la causa del contrato, porque es la ley, en relación con sus fines, la que ha fOljado el tipo.
Parece posible arribar a una aclaración en esta compleja materia si se tiene en cuenta la concepción de autonomía privada acogida por nosotros, y la consiguiente noción normativa del negocio jurídico y del contrato.

Aquí es necesario preCisar que la noción de causa es común a toda fuente normativa, sea pública, sea privada.
También la ley, la particular ley, tiene su causa, al igual que el singular negocio tiene su causa. Ahora bien, si el negocio es un acto normativo, tal cual es acto normativo la ley, no se ve por qué la causa del negocio debería ser buscada en la ley, y no en el negocio.

La tendencia criticada, la cual, como se ha visto, identifica la causa del contrato con las finalidades perseguidas por el legislador, o con la congruencia del propósito de las partes con tales finalidades, termina, precisamente, buscando en la ley, o incluso en la ley, la causa del contrato. Tal tendencia se vincula con aquella otra, de la cual ya hemos tratado, que ve exclusivamente en la ley los efectos jurídicos del contrato.

A nosotros nos parece, en primer lugar, que la antedicha asociación del contrato con la ley conduce a negar que la causa pueda ser tomada en consideración como requisito del

contrato mismo, de todo contrato concreto y específico. Se aclara, en efecto, que la causa tiene relevancia como función abstracta, o tipo de función, que individualiza el tipo de contrato. Esta doctrina encuentra otra grave dificultad cuando tiene que justificar la existencia de contratos con una causa ilícita, o, al menos, cuando debe explicar cómo es que pueden tener causa ilícita los contratos típicos (contratos nominados). Se observa,justificadamente, que la causa típica, correspondiente al esquema de contrato regulado por la ley, no puede ser ilícita en sí misma [Corte de Casación, sentencia n. 896, del 3 de abril de 1970, en "Giurisprudenza italiana", 1970,1,1, col. 1336].

Partiendo de nuestros presupuestos, es fácil, al menos según lo que consideramos, llegar a una solución convincente para el tormentoso problema de la causa.

La concepción normativa del negocio (y, por lo tanto, del contrato, que constituye su más importante especie), por nosotros defendida, implica la existencia, dentro del negocio, de una voluntad, la llamada "voluntad negocia!", la cual no es una voluntad subjetiva ni una voluntad actuada, sino una voluntad normativa, que es objetivada en mandatos jurídicos, en normas. La voluntad del sujeto, aun cuando haya existido, se ha separado del autor del negocio, y ha precipitado en el negocio; ha devenido algo inherente al negocio, propio de éste.

Ya que, como se ha afirmado, no existe voluntad sin un propósito{2}, se deduce que, en el negocio, por cuanto existe una voluntad, la voluntad negocial, deberá también haber un propósito: el propósito de tal voluntad objetiva, es decir, el propósito inmanente a las normas negociales. No es el propósito perseguido por el sujeto a través del negocio, sino el propósito del negocio.

Dicho propósito debe ser buscado, como bien escribe Redenti: "no en el pensamiento expuesto por las partes, con un sondeo de orden psicológico, sino en el dictum de la misma ley pactada, tal cual se halla establecida"{3}.
Partiendo de nuestras premisas, deja de constituir un problema la existencia de una causa negocial ilícita en los contratos típicos o nominados.
En efecto, también la causa de los contratos típicos puede, concretamente, enriquecerse de elementos ulteriores, con respecto a los elementos propios del tipo legislativo, cuando las partes exteriorizan en el contrato motivos particulares, en vista de los cuales llegan a la celebración del mismo. Como se ha visto, el motivo en sí mismo, en tanto hecho psicológico e interno, es normalmente irrelevante para el derecho; sin embargo, cuando el motivo es exteriorizado u objetivado en el contrato sí asume relevancia, al convertirse en "parte integrante" de la causa del contrato (4) . Así, por ejemplo, un contrato de arrendamiento de un departamento, en el cual se declare o se deje entender que el inmueble se está alquilando para ser destinado a casa de juegos de azar, es nulo, por ilicitud de la causa.
Se comprende, igualmente, cómo es que se plantea el problema de la ausencia de la causa en relación con los contratos típicos: el problema no se configura para los contratos que copian literalmente el modelo legislativo, sino sólo para aquellos contratos en los cuales el esquema causal se enriquece con ulteriores elementos. Por ejemplo, en un contrato de compraventa de un terreno en el cual se declara que la adquisición está siendo realizada para construir una casa de campo, se puede configurar un supuesto de ausencia de causa, si existe la prohibición de construir en dicho terreno(5).
Una confirmación directa de las conclusiones formuladas se encuentra en la regulación del motivo ilícito en el testamento

y en la donación. En los artículos 626(NP7) y 788(NP8) del Código Civil, concernientes, respectivamente, al testamento y a la donación, se afirma que el "motivo ilícito", para invalidar al negocio, haciéndolo nulo, debe ser lo único que ha determinado al testador para disponer o al donante para donar. Se deduce que si el motivo ilícito no ha sido el único, sino que concurre con otros motivos no ilícitos, entonces aquél no tiene ninguna relevancia. Pero lo que es imprescindible destacar aquí, es que el motivo ilícito asume relevancia jurídica, para las normas antes citadas, sólo si "resulta del acto". Ahora bien, se ha observado que es motivo todo lo que no se exterioriza mediante la declaración de voluntad. Si el motivo resulta del acto, quiere decir que existe, con cierto carácter inherente, y que se ha convertido en el propósito del acto.
De lo anterior se deriva un desvío en la investigación, la cual termina no enfocando ya el interior del sujeto, su voluntad subjetiva -tal cual se hace en toda búsqueda que involucre meramente los motivos-, sino observando el negocio en su objetividad. De ser una cuestión de hecho, pasa a ser una cuestión de derecho, porque concierne al fin de la norma negocial.
En materia de contratos se prevé distintamente la ilicitud de la causa (artículo 1343(NP9") y la ilicitud del motivo determinante y común (artículo 1345(NPlO"). En realidad, empero, el motivo debe apreciarse aquí como causa del contrato, y es por ello, precisamente, que de él deriva la nulidad del contrato(6).
No se requiere, como sí para la donación y el testamento, que el motivo ilícito resulte del acto (ello se debe, quizás, a que no todos los contratos son formales como la donación y el testamento), pero se precisa que debe ser "común" a ambas partes. De ello deducimos la'necesidad de un acuerdo sobre el motivo ilícito. El contrato, entonces, no sólo es válido cuando

las partes han actuado por motivos ilícitos diversos; también es válido, a nuestro parecer, cuando el motivo ilícito es el mismo para ambas, pero no existe un acuerdo sobre él: en este último caso, el motivo es idéntico en los dos sujetos, pero no se podría decir que es "común", porque se ha formulado independientemente del otro.

Ahora bien, el acuerdo sobre el motivo significa, en resumen, que el motivo aspira a convertirse en causa del contrato. También en este punto, la investigación pasa del motivo, concebido en el sentido estricto de elemento subjetivo, al contrato, considerado en su objetividad.

El motivo incorporado en el contrato deja, por lo tanto, de ser un hecho meramente psicológico y subjetivo; se convierte en elemento objetivo, que enriquece el contrato, y que, más precisamente, puntualiza y da color al fin, la causa del contrato. Así se explica -repetimos- cómo es que puede configurarse ausencia o ilicitud de la causa incluso en relación a los contratos típicos, a pesar de que la causa de los mismos, como sus demás requisitos esenciales, existen y son lícitos en abstracto. Entonces, cuando se agregan elementos causales nuevos, al manifestarse en el contrato el particular propósito con miras al cual las partes llegan a su celebración, la causa del contrato puede revelarse ausente (no en tanto falte el propósito, sino en tanto éste sea inalcanzable, irrealizable), como bien puede revelarse ilícita.

2.

Ausencia e ilicitud de la causa. El contrato en fraude a la ley

La causa, siendo requisito esencial del contrato (artículo 1325, numeral 2(NPl1"), debe resultar del contrato mismo y su ausencia determina la nulidad (artículo 1418, segundo párrafo(NP12"). En los contratos típicos, la causa se halla inserta en el esquema, el cual reproduce aquel que ha sido regulado por el legislador: por lo tanto, el problema de la

ausencia de la causa puede plantearse sólo en el sentido indicado, de imposibilidad de realizar el propósito ulterior que las partes han manifestado en el negocio, propósito que pasa a integrar y enriquecer la causa típica.
Más delicado es el problema para los contratos atípicos, en los cuales no hay un esquema causal, y, por lo tanto, es necesario verificar, caso por caso, si la causa existe y si es lícita. A nuestro parecer, no es necesaria una explícita formulación de la misma, pues ésta puede resultar del examen del contrato y de sus respectivas cláusulas, interpretadas en su conjunto. Incidentalmente, se señala que la causa también debe existir en los negocios abstractos (por ejemplo, en la letra de cambio); en estos, sin embargo, ella no debe resultar del documento, ni debe ser probada por quien hace valer el documento; corresponde al demandado oponer la ausencia de causa y probar el fundamento de su excepción.
Según lo dispuesto por el artículo 1343, la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público ya las buenas costumbres.
Existe ilicitud del objeto, en cambio, cuando la prestación comprometida en el contrato es ilícita en sí misma. Hay ilicitud de la causa, y no del objeto, entonces, en la hipótesis del contrato de arrendamiento celebrado para destinar la casa alquilada al ejercicio del meretricio o del juego de azar. Las prestaciones, es decir, el otorgamiento del disfrute de la casa y el pago del alquiler son lícitas en símismas; lo que es ilícito es el fin que se persigue (no individualmente), y por lo tanto, la causa.
En el caso de acuerdo por el cual una parte se obliga a pagar una suma de dinero a la otra para que realice un homicidio, existe
nulidad por ilicitud del objeto (el realizar un homicidio), y no por

ilicitud de la causa. Lo mismo puede decirse del acuerdo de pagar
una pensión mensual a una mujer, para que ésta prosiga una ilegítima relación camal [aprecia ilicitud de la causa en este último caso, en cambio, la sentencia n. 672 de la Corte de Casación, del 14 de marzo de 1952, en "/lforo italiano: Repertorio", 1952, voz Obbligazioni e contratti, n. 170].

Es contrato atípico con objeto lícito, pero con causa ilícita, aquel en el que una parte se obliga a pagar una suma de dinero a un fun
cionario, para que éste realice un acto comprendido en el ejercicio de sus funciones: las prestaciones son lícitas (es lícito pagar una suma de dinero, es lícito realizar un acto comprendido en las funciones propias), pero es ilícita su concatenación, y, por lo tanto, el propósito del acuerdo(7). La Corte de Casación [sentencia n. 1257, del 26 de mayo de 1961, en "llforo italiano", 1961,1, col. 1332] ha considerado, por otro lado, que el contrato tiene causa lícita cuando un particular se compromete a pagar una compensación a un funcionario a cambio de su interés para la obtención de un mutuo frente una entidad pública financiera.
Otro ejemplo de contrato atípico con causa ilícita ha sido reconocido por la jurisprudencia en el acuerdo que media entre ciertos candidatos a las elecciones políticas y uno de sus financiadores, también candidato a las mismas, para hacer converger votos sobre este último con el fin de asegurar su elección, incluso con renuncias al mandato parlamentario de otros candidatos que resultasen elegidos en lugar de él [Corte de Casación, sentencia n. 1574, del 27 de mayo de 1671, en "Giurisprudenza italiana", 1972,1,2, col. 1510]. La ilicitud, según la Corte de Casación, se debe a la contrariedad de la causa al orden público y a las buenas costumbres, entendién-

dose estas últimas en el sentido amplio de la moral social (principios éticos comúnmente acogidos en la conciencia moral de los miembros del grupo social) y no en el limitado sentido de reglas del pudor sexual.
En este caso se puede observar que las prestaciones no son en sí mismas ilícitas (pues se recaería, entonces, en la ilicitud del obj,eto); lo que es ilícito es el nexo que las liga.
La ausencia y la ilicitud de la causa, al igual que la ilicitud del motivo común, determinan la nulidad del contrato (artículo 1418, segundo párrafo).
Se ha anotado ya que, a nuestro parecer, el motivo ilícito común hace nulo el contrato en tanto.se resuelve en un caso de ilicitud de la causa.
El efecto de la declaración de nulidad del contrato es la repetición de cuanto se ha otorgado en ejecución de éste (repetición del pago indebido): en la hipótesis de la prestación ejecutada con propósito contrario a las buenas costumbres se descarta la repetición de lo que ha sido pagado (artículo 2035(NP13)). Tiene relevancia práctica, entonces, establecer si la causa es ilícita por contrariedad al orden público, o (también) por contrariedad a las buenas costumbres. Para que no proceda la repetición del pago indebido es necesario que la ofensa a las buenas costumbres surja de la causa del contrato, y que sea común a ambos contratantes.
En la doctrina predominante se considera que el contrato en fraude a la ley también es un contrato con causa ilícita.
Más precisamente, un sector de la doctrina sostiene que se configura fraude a la ley cuando el contrato está dirigido a realizar un resultado que no es idéntico al prohibido por la ley, pero que es sustancialmente equivalente a éste: se observa, a propósito, que si el resultado perseguido se identifica con el prohibido, no se presentaría fraude a la ley, sino viola-

ción directa de la ley, es decir, contrariedad de la causa a normas imperativas.
Otros autores piensan, en cambio, que el fraude se produce cuando el resultado perseguido con el contrato corresponde al prohibido, pero es realizado a través de un medio diferente del contemplado en la ley: el contenido del contrato adoptado sería, en sí mismo, conforme al derecho, pero se presentaría un "vicio de la causa por el abuso que las partes estarían haciendo de la función contractual".

Nosotros consideramos que el contrato en fraude a la ley no es un contrato con causa ilícita.
Se observa que el fraude es objeto de estudio en el derecho civil bajo tres distintas formas: como fraude a la ley (artículo 1344(NP14)) como fraude a los acreedores (artículo 2901 (NP15)) Y como fraude al fisco. La reacción frente a las diversas hipótesis de fraude es diferente: en la hipótesis de fraude a los acreedores no hay nulidad, sino revocabilidad del contrato (artículo 2901); en la hipótesis de fraude al fisco, a su vez, el contrato parece considerarse válido, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones fiscales(8).
En las tres hipótesis, el fraude se considera como voluntad interna o psicológica que permanece como aspecto subjetivo y no se objetiviza en el contrato, por la razón adicional de que bien podría no ser común a las partes. En el ámbito de la acción revocatoria o
pauliana, por ejemplo, el fraude se identifica con el conocimiento, aun cuando sólo fuera del enajenante (si actúa a título gratuito), de estar dañando a los acreedores.
El fraude a la ley se presenta cuando el propósito fraudulento está dirigido a eludir normas imperativas o inderogables, como, por ejemplo, el artículo 2744(NP16J, sobre la prohibición del pacto comisario (para eludir tal norma se suele esti-

pular una venta con fines de garantía, con pacto de restitución). Naturalmente, el propósito fraudulento no es declarado en el contrato, porque en tal caso no se tendría fraude (sino causa ilícita). El fraude, por 10 tanto, no se
transforma en dato objetivo, en fin del contrato, sino que permanece como dato subjetivo, motivo, propósito. El fraude tampoco puede ser asumido como vicio de la causa, que es requisito objetivo del contrato. Como se ha anotado, la ilicitud del motivo determina la ilicitud del contrato sólo cuando el motivo deja de ser tal, es decir, cuando deja de ser situación psíquica del agente, para exteriorizarse en el contrato, para convertirse en propósito objetivo del contrato.
En cambio, el propósito fraudulento, por su misma esencia, no
se manifiesta en el contrato, y, por consiguiente, no 'se transforma en causa. Por ello, la causa del contrato instrumentalizado para eludir una prohibición legislativa, y para conseguir el resultado prohibido,
no es ilícita. Aunque ambos contratantes fueren partícipes del fraude (y ello, como se ha anotado, no siempre es necesario), la colusión o el acuerdo fraudulento están separados del contrato, que, de tal modo, resulta instrumentalizado, del mismo modo en que el acuerdo simulatorio es cosa distinta del contrato simulado. Por lo demás, el artículo 1344 no señala que el contrato en fraude a la ley sea un contrato con causa ilícita: lo que se dice, solamente, es que "se reputa" ilícita su causa, y ello significa que la sanción en el caso de fraude a la leyes la misma que se aplica cuando la causa del contrato es ilícita.
Por lo tanto, nosotros consideraríamos que en el caso en que se celebre un contrato de mutuo para fines de albergue, rebajado, para propósitos diversos de los tenidos presentes por la ley con la cual se han establecido dichas formas de incentivo

de la iniciativa privada, no se presenta causa ilícita, sino contrato en fraude a la ley. Y si las partes también estaban de acuerdo sobre el hecho de que la suma mutuada iba a tener un destino diferente del querido por ellegisl¡¡.dor, ello no resultaba, en modo alguno, del contrato de mutuo, considerado en sí mismo, sino de acuerdos externos o extraños a tal contl1áto(9).

(NPl) [N. de los P.] "Artículo 787 del Código Civil italiano de 1942. Error sobre el motivo de la donación.- La donación puede ser impugnada por error en cuanto al motivo, ya sea el mismo de hecho o de derecho, cuando el motivo resulte del acto y sea el único que ha determinado al donante a llevar a cabo la liberalidad".

(;'¡P2) [N. de los P.] "Artículo 624 del Código Civil italiano de 1942. Violencia, dolo, error.- La disposición testamentaria puede ser impugnada por cualquiera que tenga interés cuando es efecto de error, de violencia o de dolo.

El error sobre el motivo, ya sea de hecho o de derecho, es causa de anulación de la disposición testamentaria cuando el motivo resulta del testamento y es el único que ha determinado al testador a disponer.

La acción prescribe a los cinco años desde el día en que se ha tenido conocimiento de la violencia, del dolo o del error".

[A. de los P.] "Artículo 809 del Código Civil peruano.- Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo. También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer".

(NP3) [N. de los P.] "Artículo 1429 del Código Civil italiano de 1942. Erroresen

cial.- El error es esencial:

1) Cuando recae sobre la naturaleza u objeto del contrato.

2) Cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación, o bien sobre una cualidad del mismo, que según la apreciación general y en relación con las circunstancias debe considerarse determinante del consentimiento.

3) Cuando recae sobre la identidad o sobre las cualidades de la persona del otro contratante, siempre que la identidad o las cualidades hayan sido determinantes del consentimiento".

[A. de los P.] "Artículo 202 del Código Civil peruano.- El error es esencial:

1) Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.

2) Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad".

(NP4) [N. de los P.] "Artículo 625 del Código Civil italiano de 1942. Indicación errónea del heredero o del legatario o de la cosa que constituye objeto de la disposición.- Si la persona del heredero o del legatario ha sido indicada erróneamente, la disposición tiene efecto cuando del concepto del testamento o de otra manera resulte de un modo no equívoco la persona que el testador quería nombrar.

La disposición tiene efecto también cuando la cosa que constituye objeto de la disposición ha sido erróneamente indicada o descrita, pero es cierto a qué cosa quería referirse el testamento".

(1) A. Clcu, Iltestamento, Milán, 1951, p. 132. Véase, también, G. ClAN, Forma solenne e interpretazione del negozio, cit., p. 153. Para la donación, véase A. TORRENTE, La donazione, Milán, 1956, p. 1956, donde se observa que" [...] la mayor protección dispuesta respecto del error en el artículo 787 del Código Civil, para la donación, no excluye la protección establecida en vía general, para el error, por el artículo 1429".
(NP5) [N. de los P.] "Artículo 1439 del Código Civil italiano de 1942. Dolo.- El dolo es causa de anulabilidad del contrato cuando los engaños empleados por uno de los contratantes han sido tales que la otra parte no habría contratado en ausencia de ellos.
Cuando los engaños han sido empleados por un tercero, el contrato es anulable si fueron conocidos para el contratante que ha obtenido ventaja de ello".
[A. de los P.] "Artículo 210 del Código Civil peruano.- El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.
Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él".
(NP6) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1322 del Código Civil italiano de 1942. Autonomía contractual.- Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenecen a los tipos que cuentan con una regulación particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de protección según el ordenamiento jurídico".
(2) R. van JHERING, Der Zweck im &cht., 1, p. 5. En el mismo sentido H. CAPITANT, De la cause des obligations, París, 1923, p. 5.

(3) E. REOENTI, La causa del contratto secondo il nostro codice, cit., p. 905.
(4) De diverso parecer es la Corte de Casación, sentencia n. 1025, del 7 de abril de 1971, en "Giurisprudenza italiana", 1972, 1, 1, col. 1232, donde se lee que los motivos individuales son extraños al concepto de causa, aun cuando comunes a las partes y evidenciadas o exteriorizadas en el contrato.
(5) En cambio, no considero que pueda hablarse de ausencia de causa en el caso "en el cual falte la contraprestación" en un contrato de compraventa. La alteración del esquema (predispuesto por la ley) por obra de los contratantes no puede ser configurado como ausencia de causa, sino como ausencia de objeto, siendo la prestación del precio un elemento esencial del objeto del contrato de compraventa. La causa faltará también, pero como consecuencia de la ausencia del objeto. Se trata de ver si el contrato examinado, nulo como compraventa, no pueda valer, por ejemplo, como donación, es decir como contrato que tiene un objeto y una causa diferente de aquellos de la compraventa.
M. GIORGIANNI, voz" Causa (diritto privato)", en Enciclopedia del diritto, Milán, 1960, p. 567, parece en cambio encuadrar entre las hipótesis de ausencia de causa.
(NP7) [N. de los P.] "Artículo 626 del Código Civil italiano de 1942. Motivo ilícito.- El motivo ilícito hace nula la disposición testamentaria, cuando resulta del testamento y es el único que ha determinado al testador a disponer".
(NP8) [N. de los P.] "Artículo 788 del Código Civil italiano de 1942. Motivo ilícito. - El motivo ilícito hace nula la donación cuando resulta del acto y es el único que ha determinado al donante a la liberalidad".
(NP9) [N. de los P.] "Artículo 1343 del Código Civil italiano de 1942. Causa ilícita.- La causa es ilícita cuando es contraria

a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres".
[A. de los P.] "Numeral 3 del artículo 140 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: Fin lícito".
"Numeral 4 del artículo 219 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es nulo: Cuando su fin sea ilícito".
(NPIO) [N. de los P.] "Artículo 1345 del Código Civil italiano de 1942.- Motivo ilícito.- El contrato es ilícito cuando las partes son determinadas a celebrarlo exclusivamente por un motivo ilícito que ambas tengan en común".
(6) E. REDENTI, op. cit., p. 912, considera, en cambio, que aquí el motivo es relevante corno tal, y justific,a la excepción a la regla de la irrelevancia de los motivos, por razones de orden y de interés público. (NPIl) [N. de los P.] "Numeral 2 del artículo 1325 del Código Civil italiano de
1942. Indicación de los requisitos.- Los requisitos del contrato son: La causa".
[A. de los P.] "Numeral 3 del artículo 140 del Código Civil peruano.- El acto
jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: Fin lícito".
(NPI2) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942. Causas de la nulidad del contrato.- Producen la nulidad del contrato, la falta de alguno de los requisitos indicados por el artículo 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el artículo 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346".
[A. de los P.] "Numeral 3 del artículo 140 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad

destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: Fin lícito".
"Numeral 4 del artículo 219 del Código Civil peruano.- El acto jurídico es nulo: Cuando su fin sea ilícito".
(7) El ejemplo y la deducción son de E. REDENTI, op. ult. cit., p. 909.
La idea que la causa del contrato resulte no de las singulares prestaciones aisladamente consideradas, sino de su combinación o enlace en el negocio es particularmente acentuada por M. GIORGIANNI, voz "Causa (diritto privato)", cit., p. 566.
Después este autor trata el problema del negocio abstracto, que, según opinión, sería reconocido en el negocio que ejecuta una prestación "aislada", que puede ser obligatoria, como la promesa de pago, o con eficacia real, como la transferencia de las propiedades (ivi, p. 570).
(NP13) [N. de los P.] "Artículo 2035 del Código Civil italiano de 1942. Prestación contraria a las buenas costumbres.- Quien ha realizado una prestación para una finalidad que, también por parte suya, constituya ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir lo que ha pagado".
[A. de los P.] "Artículo 1275 del Código Civil peruano.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.
Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar".
(NP14) [N. de los P.] "Artículo 1344 del Código Civil italiano de 1942. Contrato en fraude a la ley.- Se reputa ilícita la causa, además, cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de un norma imperativa".
(NP15) [N. de los P.] "Artículo 2901 del Código Civil italiano de 1942. Condiciones.- El acreedor, incluso si el crédito está sujeto a condición o a plazo, puede demandar que sean

declarados ineficaces frente a él los actos de disposición del patrimonio con los cuales el deudor ocasione perjuicio a sus intereses, cuando concurren las siguientes condiciones:
1) Que el deudor haya conocido el peIjuicio que el acto ocasionaba a los intereses del acreedor o que, tratándose de un acto anterior al surgimiento del crédito, el acto fuera dolosamente predispuesto con el fin de perjudicar la satisfacción del mismo.
2) Que, además, tratándose de acto a título oneroso, el tercero haya sido consciente del perjuicio, y en el caso de un acto anterior al surgimiento del crédito, que haya sido partícipe de la predisposición dolosa.
Para efecto de la presente norma, las prestaciones de garantías, incluso por otras deudas, se consideran actos a título oneroso, cuando fueran simultáneas al crédito garantizado.
No es susceptible de revocación el cumplimiento de una deuda vencida.
La ineficacia del acto no peIjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, sin peIjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de revocación".
[A. de los P.] "Artículo 195 del Código Civil peruano.- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y peIjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de peIjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.
Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:
1) Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los

derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorados y el peIjuicio eventual de los mismos.
2) Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de peIjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.
Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito".
"Artículo 196 del Código Civil peruano.- Para los efectos del artículo 195, se considera que las garantías, aun por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado".
"Artículo 197 del Código Civil peruano.- La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe".
"Artículo 198 del Código Civil peruano.- No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta".
(8) A los contratos estipulados en fraude al fisco son equiparados aquellos estipulados en fraude a las leyes monetarias. También estos si son considerados válidos y operativos entre las partes contratantes, salvo naturalmente las sanciones

publicísticas previstas por tales leyes. Véase, en tal sentido, Corte de Casación, sentencia n. 1965, del 13 de octubre de 1970, en "Giurisprudenza italiana", 1971, 1, 1, col. 212.
(NP16) [N. de los P.] "Artículo 2744 del Código Civil italiano de 1942. Prohibición del pacto comisorio.- Es nulo el pacto por el cual se conviene que, en defecto del pago del crédito dentro del plazo fyado, la propiedad de la casa hipotecada o dada en prenda pase al acreedor. El pacto es nulo aunque sea posterior a la constitución de la hipoteca o de la prenda".
"Artículo 1066 del Código Civil peruano.- Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario".
"Artículo 1111 del Código Civil peruano.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario"
(9) Por la ilicitud de la causa se ha pronunciado la Corte de Casación, sentencia n. 896, del 30 de abril de 1970, en "Giurisprudenza italiana", 1970,1, 1, col. 1336. En el mismo sentido, ahora, Corte de Casación, sentencia n. 2796, del 2 de octubre de 1972, en "Giurisprudenza italiana", 1974,1,1, col. 1840.

5. Excepciones al principio consensualístico. Los contratos reales

Aunque el contrato tenga por objeto cosas especificadas, puede suceder que el efecto real no se produzca con el simple consentimiento, y que sea necesaria una operación, concomi-

tante o sucesiva, para hacerlo surgir. Como precisamente se ha observado(ll), los derechos reales (de garantía), prenda e hipoteca no surgen por el mero consentimiento. Para la prenda, es necesaria la entrega de la cosa. La prenda, según se establece en el artículo 2786(NP28), se constituye con la entrega al acreedor de la cosa o del documento que confiere su disponibilidad exclusiva. La norma agrega, seguidamente, cuál cosa o qué documento pueden entregarse a un tercero designado por las partes, o quedar bajo la custodia de ambas, de modo que el constituyente se haya en la imposibilidad de disponer de ella sin la cooperación del acreedor. Para la hipoteca es necesaria la inscripción en los registros inmobiliarios, y es desde el momento de la inscripción, y no de la celebración del contrato, que la hipoteca se hace efectiva. Debe destacarse que la simetría entre la constitución de la prenda y la constitución de la hipoteca es válida hasta cierto punto. El contrato representa el título para constituir la hipoteca (pero también puede bastar una declaración unilateral del que la concede sobre sus propios bienes: artículo 2821 (NP29)); ella surge en virtud de una operación posterior a la celebración del contrato, que, por lo tanto, es distinta de éste: la inscripción de la que hemos tratado antes. Se restablece, dentro de ciertos límites, la distinción entre titulus y modus adquirendi. En la prenda, ello no sucede. Nada debe hacerse después de la celebración del contrato para constituida. Acaso se sostendrá: pero, entonces, basta el contrato, y opera, por consiguiente, el principio consensualístico. La respuesta es no; el contrato basta, pero no opera el principio consensualístico. Para constituir la prenda es necesario un consentimiento que sea concomitante con la entrega de la cosa. Ahora bien, los contratos que se forman en concomitancia con este elemento real de la entrega, son tradicionalmente denominados

"contratos reales". En estos, la entrega es requerida para el perfeccionamiento del contrato mismo.
Se afirma que el contrato se perfecciona re. El contrato real se contrapone al consensual, que se perfecciona consensu. Ello no significa que en los contratos reales no sea necesario el consentimiento; significa, más bien, que el consentimiento no basta: debe estar acompañado de la entrega, que no deviene una operación posterior, cumplimiento de una obligación asumida con el contrato, sino, prácticamente, una modalidad o forma de la celebración del contrato mismo.
El contrato de prenda es, por lo tanto, un contrato real con efectos reales(l2). Otros contratos reales, considerados como tales por la doctrina, como el depósito (artículo 1766(NP3O"), el comodato (artículo 1803(NP31"), no producen efectos reales, sino sólo efectos obligatorios, que surgen, además, de una sola parte, es decir, de la parte del depositario (si se trata de depósito gratuito), y de la parte del comodatario (el comodato es siempre gratuito). En cambio, produce efectos reales el mutuo, que también es contrato real (artículo 1813(NP32"). El mutuatario adquiere, por efecto del contrato, la propiedad del dinero o de las otras cosas fungibles dadas en mutuo (artículo 1814(NP33"). El carácter real de todos estos contratos se puede deducir de la fórmula definitoria contenida en los artículos respectivos. En el artículo 1813, se considera que el mutuo es un contrato con el cual una parte entrega a la otra una determinada cantidad de dinero, etc. La entrega, por lo tanto, no forma objeto de una obligación contractual, sino que concurre con la celebración del contrato; es requisito del contrato, el cual no puede considerarse perfeccionado sin entrega. Análogas formulaciones se encuentran en los artículos 1766, relativo al depósito, y en el artículo 1803, relativo al comodato. También es considerado contrato real la donación mobiliaria de módico valor, que es

dispensada de la forma del acto público, que sí es requerida, ad substantiam, para las otras donaciones (directas), al tiempo que se exige, en cambio, la entrega de la cosa. Y ello, nos parece, es válido para confirmar que, en los contratos reales, la entrega integra o se subroga al requisito de la forma, y se convierte, por lo tanto, en requisito del contrato como ella.
Hay una última precisión en lo referente al contrato de prenda, por nosotros definido como real. El discurso vale sólo para la prenda de cosas. En la prenda de créditos, no tendría sentido hablar de entrega (a menos que no se trate de crédito documental: artículo 2801 (NP34"), y dada, precisamente, la imposibilidad de la entrega con procedimiento inverso al seguido para las donaciones de módico valor-, se ha establecido que la prenda debe resultar de un acto escrito (artículo 2800(NP35"). Aquí, es la forma la que se subroga a la entrega, y es necesaria y suficiente para considerar celebrado el contrato de prenda; pero no para hacer surgir el derecho real de prenda. Para tal fin, es necesaria la notificación de la constitución de la prenda al deudor, o la aceptación por parte de ellos con documento privado de fecha cierta (artículo 2800). Por lo tanto, el contrato de prenda sobre créditos no sólo no es un contrato real; es más, no es ni siquiera un contrato con efectos reales, es decir, productor de efectos reales en virtud del simple consentimiento legítimamente manifestado, siendo necesario, para el nacimiento del derecho de prenda, la notificación al deudor o su aceptación. Según algún autor, estas ulteriores operaciones serían necesarias solamente para los efectos de la adquisición de la preferencia, y por lo tanto, el contrato de prenda de créditos sería un contrato con efectos reales(13). No nos parece que esta tesis merezca acogida. El surgimiento de la preferencia es un indicador del nacimiento del derecho real, que no es concebible sin la preferencia; por lo tanto, y a nuestro parecer, la

prenda de créditos es un contrato formal privado de efectos reales, los cuales se verificarán sólo en virtud de la notificación al deudor y de su aceptación.

Observo que la doctrina ha identificado otros tipos de contratos reales, además de los mencionados en este acápite. Se consideran como tales el reporte (artículo 1548(NP36)); el contrato estimatorio (artículo 1556(NP37)); el secuestro convencional (artículo 1798(NP38)) y el transporte ferroviario de cosas (artículo 38 de la Ley n. 674, del 13 de mayo de 1940)(14).

Finalmente, debo indicar que se han levantado dudas y críticas sobre la legitimidad de la categoría de los contratos reales. Se discute, en particular, si las partes, en su autonomía, pueden estipular solo consensu contratos que tienen el mismo contenido de los contratos reales, o, cuando menos, si son admisibles contratos preliminares consensuales de contratos reales. Para el mutuo, este último problema ha tenido una solución positiva en el artículo 1822(NP39), con el expreso reconocimiento del pactum de mutuo dando, y parece prevalecer en doctrina la tesis de que el "carácter real" tiene carácter dispositivo, en el sentido de que las partes la puedan derogar(15).

6. (artículo 1556(NP37)); el secuestro convencional (artículo 1798(NP38)) y el transporte ferroviario de cosas (artículo 38 de la Ley n. 674, del 13 de mayo de 1940)(14).

Finalmente, debo indicar que se han levantado dudas y críticas sobre la legitimidad de la categoría de los contratos reales. Se discute, en particular, si las partes, en su autonomía, pueden estipular solo consensu contratos que tienen el mismo contenido de los contratos reales, o, cuando menos, si son admisibles contratos preliminares consensuales de contratos reales. Para el mutuo, este último problema ha tenido

una solución positiva en el artículo 1822(NP39), con el expreso reconocimiento del pactum de mutuo dando, y parece prevalecer en doctrina la tesis de que el "carácter real" tiene carácter dispositivo, en el sentido de que las partes la puedan derogar(15).

la eficacia hasta el vencimiento de un plazo, el cual es definido, precisamente, "inicial" (artículo 1465, segundo párrafo(NP40). La ley, pues, parece conceder a los particulares el poder de diferir la transferencia de la propiedad.
En realidad la cuestión es controvertida en doctrina y nosotros estamos convencidos de que la solución adecuada es, a pesar de las apariencias, la opuesta. Si se acoge la tesis de la transferencia diferida es necesario, entonces, estar dispuestos a admitir que el enajenante se mantiene como titular de la propiedad hasta el vencimiento del plazo; pero sería titular de una propiedad temporal o provisoria. Ahora bien ¿es compatible con el concepto de propiedad el atributo de la temporalidad o provisionalidad? Además, admitida la figura de la propiedad con plazo final, sería necesario concebir otra con plazo inicial bajo la titularidad del adquirente, y reconocer la existencia de una suerte de condominio. Pero, ¿cómo puede existir condominio si el derecho de cada uno está determinado y limitado, no por una cuota total, sino por un límite temporal? ¿Si se admite, en fin, una propiedad con plazo, no se termina admitiendo, acaso, una transferencia inmediata, aunque sea como transferencia de una propiedad a plazo?
A nuestro parecer, al f~ar un plazo inicial para la transferencia, las partes no logran postegar la verificación de ésta, sino que logran el propósito menor y circunscrito de reservar al enajenante el disfrute de la cosa hasta la verificación del plazo. Debe considerarse propietario exclusivo, según nosotros, al adquirente, hasta el momento de la celebración del

contrato. Lo confirma el hecho de que si la cosa perece antes de la verificación del plazo (inicial), el riesgo y el daño son soportados por el adquirente, que deberá cumplir la contraprestación, aunque no podrá recibir la cosa. El artículo 1465, segundo párrafo, declara aplicable el primer párrafo, que establece que el deterioro de la cosa, por una causa no imputable, no libera al adquirente de la obligación de ejecutar la contraprestación. Si el daño del deterioro es soportado por el adquirente, ello no puede explicarse si no es reconociendo que él ya se ha convertido propietario hasta el momento de la celebración del contrato. Una ulterior consecuencia de la tesis aquí acogida es que el enajenan te, mientras espera que el plazo se verifique, deberá custodiar la cosa con la diligencia del hombre promedio (el buen padre de familia, al cual se refiere el artículo 1176(NP41), y no con la diligencia en concreto (es decir, con la que él emplea normalmente al administrar sus propias cosas).

Nuestra tesis parece tener confirmación en materia de inscripción. Si el contrato traslativo de un bien inmueble con plazo inicial no determinara la transferencia inmediata de propiedad, no debería ser ejecutable la inscripción antes del vencimiento de aquel plazo, porque no tendremos todavía un contrato que transfiere la propiedad, tal cual se requiere en el artículo 2643, numeral 1 (NP42). Pero el artículo 2659, segundo párrafo (NP43) , deja entender, en letras claras, que el legislador considera inscribible, de inmediato, un contrato traslativo con plazo inicial aún no vencido, porque se establece que en el contrato con plazo inicial, sólo si no está vencido, se debe hacer mención del plazo en la nota de inscripción. Para el legislador, por consiguiente, un contrato semejante es traslativo de la propiedad hasta su celebraci~n (16). Por otro lado, parece exacto que el adquirente

con plazo inicial ya puede protegerse, desde el momento de la celebración del contrato, mediante la inscripción inmediata del contrato mismo. Si no pudiera hacerlo, gozaría de menor protección que la concedida al que celebra un mero contrato preliminar de adquisición, pues la ley permite que éste se proteja de la demanda judjcial dirigida a obtener la ejecución en forma específica de la obligación de contratar (artículo 2652, numeral 2) (NP44).

Pasemos al contrato con efectos reales sometido a condición. La condición determina una situación de incertidumbre. Solamente la verificación de la condición o su ausencia la desaparecerá. Es opinión común que, si la condición es suspensiva, el contrato no produce, mientras dura la espera, ningún efecto real(17); si es resolutoria, en cambio, se producen, sin más, los efectos, los cuales están destinados a resolverse si la condición se verifica. Por lo tanto, en el primer caso no habrá transferencia de propiedad hasta la verificación de la condición; en el segundo, se producirá una inmediata transferencia sometida a resolución si se verifica la condición.

Un examen más atento demuestra la escasa exactitud de la tesis que se acaba de exponer. La diferencia entre los dos casos es mucho menos intensa de lo que se cree. También en el contrato con efectos reales, sujeto bajo condición suspensiva, en virtud de la eficacia retroactiva de la condición (artículo 1360, primer párrafo (NP45) , la transferencia se considera producida en el momento de la celebracién del contrato. Y es por ello, precisamente, que los contratos traslativos de bienes inmuebles, suspensivamente condicionados, pueden ser inmediatamente inscritos (sobre la base del artículo 2659, último párrafo). Es natural, luego, que la inscripción salvaguarde la posición del adquirente sólo en tanto se verifique la condición; en caso contrario, resultará, a posteriori, inútil-

mente establecida (18). Pero dado, entonces, que tanto en el caso de la condición suspensiva, cuanto en
el de la resolutoria, la transferencia se realiza al momento de la celebración del contrato, la diferencia entre las dos situaciones se reduce, en resumidas cuentas, al disfrute del bien, que, en el primer caso, queda provisionalmente para el enajenan te, y en el segundo, pasa provisionalmente al adquirente. El poder de disposición corresponde, indistintamente, al enajenante y al adquirente, aunque los efectos de los actos expresivos de tal poder estén subordinados a la verificación de la condición suspensiva, para el enajenante, y para el adquirente (artículo 1357(NP46)).

¿Qué decir sobre el riesgo del deterioro de la cosa mientras está pendiente la condición? La respuesta nos la da el artículo 1465, último párrafo (NP47) , en el que se establece que en caso de deterioro de la cosa, antes de la verificación de la condición suspensiva, el adquirente queda liberado de su obligación, es decir, no estará obligado a la contra prestación. Sobre la base del principio de la retroactividad de la condición, el riesgo del deterioro debería ser adjudicado al adquirente(19). Si en el caso, parcialmente afín, del plazo inicial aún no vencido, el deterioro de la cosa es adjudicado al adquirente, como se acaba de ver (artículo 1465, segundo párrafo), a pesar de que el plazo, en principio, no tiene efecto retroactivo, la misma solución debería imponerse, y a Jortiori, en el caso de condición suspensiva, que tiene, en cambio, eficacia retroactiva.
Observamos, por otro lado, que la vía seguida en el Código Civil tiene el apoyo de una constante tradición que desciende del derecho romano, a través del artículo 1163 del Código Civil abrogado y del artículo 1182 del Código de Napoleón (23).

En el artículo 1465, último párrafo, no se regula, en cambio, el caso en el cual la cosa se deteriore antes de que se verifique la condición resolutoria impuesta en un contrato traslativo. Sobre la base del principio de la retroactividad de la condición, y debiéndose considerar la enajenación como jamás efectuada, el riesgo del deterioro tendría que quedar a cargo del enajenante, que debería restituir la prestación recíproca eventualmente recibida (y no lo podría pretender, naturalmente, si no lo hubiese recibido). Pienso que ésta es la vía a seguir, porque parece lógico, en ausencia de una explícita disposición en contrario, dar aplicación al principio de la retroactividad de la condición, consagrado en el artículo 1360(NP48), Y objeto de excepción en el último párrafo del artículo 1465, sólo para la condición suspensiva(21) .

7.

Incidencia de la posesión y de la publicidad sobre el principio consensualístico

Es opinión difundida que este principio, también aplicable a las transferencias de bienes inmuebles, constituye un gran progreso respecto del sistema anterior, que estaba basado, como se ha anotado, en la distinción entre titulus y modus adquirendi. Es un principio que favorece la circulación de la riqueza, al simplificar los procedimientos al máximo. Piénsese que basta un simple documento privado para transferir iPso Jacto un gran patrimonio inmobiliario. Es espontáneo alabar esta prodigiosa libertad de los "tráficos", fruto del progreso y de las conquistas liberales surgidas en el siglo de las luces y desarrolladas por la Revolución francesa. Con todo, en la actual situación italiana, todo entusiasmo se extingue rápidamente, nada más de pensar en los tremendamente onerosos impuestos que gravan las transferencias inmobiliarias. No nos ocuparemos de ello en esta oportunidad. Lo que

queremos poner en evidencia es que el principio consensualístico, como normalmente sucede con las novedades, ha tenido que hacer frente a las exigencias reales que operaban, y operan, en sentido antitético. El principio ha regido, y no ha sido desplazado, pero ha sufrido cambios que han reducido su alcance. Estos cambios pueden ser distinguidos en dos órdenes: el primero, concerniente a las cosas muebles (excluidos los muebles registrables: naves, aeroplanos, vehículos), centrado en la posesión; el segundo, concerniente a las cosas inmueble s (y los muebles registrables), centrados en la publicidad (inscripción).
Comencemos por el primer orden de cambios: el que se refiere a las cosas muebles. El adquirente adquiere la propiedad en virtud del consentimiento (artículo 1376); por lo tanto, no es necesario para este fin la entrega de la cosa. Adquiere la propiedad, apréciese bien, no sólo frente al enajenan te, sino también frente a los terceros en general. No tendría sentido una propiedad relativa, que se orientara en una sola dirección. Sin embargo, el adquirente, sin la entrega de la cosa, no está protegido de manera plena. Si otro sujeto adquiere de buena fe la misma cosa (y no importa que la adquiera del mismo enajenante) y la recibe en entrega, se convierte en propietario, mientras que el primer adquirente queda despojado(22). El mecanismo es simple y resulta claramente del artículo 1153, primer párrafo (NP49) .

La posesión, el título idóneo (es decir, contrato) y la buena fe son en sí idóneos para servir de fundamento a la adquisición. No es necesario, entonces, que el enajenante esté legitimado a disponer de la cosa. Más complejo es el problema del encuadramiento jurídico del fenómeno. Se discute si se trata de adquisición a non domino, o de simple inoponibilidad de la enajenación no acompañada o seguida de entrega, o de una

especie de usucapión instantánea: es decir, de una adquisición a título originario de la propiedad (23). En el artículo 1155(NP5O), por lo demás, no se hace otra cosa que reafirmar el principio ya expresado en el artículo 1153(NP51), presentándolo desde un diverso ángulo. En realidad, en el artículo 1153 se plantea expresamente la hipótesis de un enajenante no-propietario, mientras que en el artículo 1155 se habla de un sujeto que enajena el mismo mueble con actos posteriores. Ello hace pensar que el legislador se refiere a un enajenante propietario. Nos parece que no tiene relevancia alguna el hecho, por otro lado, que el enajenante sea o no propietario cuando realiza la primera enajenación (y, a ¡ortiori, cuando realiza la segunda), una vez admitido que el título, la posesión y la buena fe
hacen, de todos modos, que se adquiera la propiedad de la cosa. No
tiene ninguna importancia, por lo tanto, que quien realice las dos enajenaciones en conflicto sea un mismo autor. Aquel que adquiere la cosa de buena fe, recibiendo su entrega prevalece no sólo frente al otro adquirente del mismo autor, sino también frente a adquirentes
(del mismo bien) de cualquier autor. Señalaríamos, entonces, que el artículo 1155 no solamente es pleonástico, sino también fundamentalmente errado, porque se basa en una supuesta, pero en realidad
inexistente, analogía con los efectos de la inscripción inmobiliaria de la cual trataremos dentro de poco.
El otro orden de cambios en el principio consensualístico deriva de la publicidad. También para los bienes inmuebles (y para los muebles registrados) basta el consentimiento para determinar su transferencia. El adquirente se convierte en propietario en virtud del contrato (venta, donación, permuta, que tengan por objeto

bienes inmuebles, o muebles registrados, determinados o especifi
cados). Por lo tanto, no es necesaria la entrega, y tampoco es necesaria la publicidad (inscripción). Sin embargo, si no hace pública su adquisición, el adquirente corre el riesgo de perderla: y la perderá, efectivamente, si se produce un conflicto con un posterior adquirente del mismo autor. En síntesis, si la transferencia no se inscribe, el enajenante conserva íntegro el poder de disponer del inmueble, y puede atribuirlo a otro adquirente, el cual, si lo inscribe, prevalecerá, aunque tenga mala fe, sobre el adquirente anterior que no haya inscrito (o que haya inscrito después del segundo) (artículo 2644(NP52)) (24). Los inconvenientes que puede enfrentar el que inscribe el título de adquisición de un bien inmueble, son análogos a los que puede someterse el que adquiere una cosa mueble determinada, sin exigir su entrega. La analogía, por lo demás, no puede superar cierto límite. La inscripción sirve para dirimir el conflicto entre dos adquirentes de un mismo autor, pero no asegura a ningún adquirente la adquisición de la propiedad. Para que ello se verifique, es necesario que el enajenante sea verdadero propietario. Para las cosas muebles, en cambio, la posesión, (unida al título y a la buena fe) no sólo otorga predominancia, sino que asegura la adquisición de la propiedad incluso en caso de que el enajenante jamás haya sido propietario de la cosa; y por lo tanto, como se ha anotado, la predominacia que se consigue con la posesión (entrega de la cosa) vale, no sólo frente a los adquirentes del mismo autor, sino también frente a los adquirentes de cualquiera.

Viene al caso recordar que tanto el adquirente de una cosa mueble, que no recibe la entrega, cuanto el adquirente de un inmueble, que no se protege con la inscripción, de ser despojados por efecto de una segunda enajenación, realizada por el

mismo enajenan te, podrán accionar contra éste, y pedir la resolución del contrato y la devolución del dinero (si se trata de compraventa), además del resarcimiento del daño. También el donatario podrá dirigirse contra el donante, que transfiere a otros la cosa donada, porque la evicción, en este caso sufrida por el donatario, depende (también) del hecho personal del donante, y se comprende, por lo tanto, en la previsión del artículo 797, numeral 2. Ello demuestra que el enajenante tiene el poder de transferir una segunda vez el mismo inmueble (cuando la primera enajenación no haya sido inscrita); pero, al hacerla, se vuelve incumplidor del contrato con el cual realizó la primera enajenación. De aquí que la segunda enajenación sea válida (porque tiene el poder), pero ilícita, porque daña el derecho del primer adquirente de ver garantizada su adquisición(25). El mismo discurso puede hacerse cuando, en lugar de enajenación, se trate de constitución de derechos reales limitados sobre un inmueble. El adquirente del derecho real, si no ha inscrito, no puede oponer tal derecho a un adquirente posterior (del mismo autor) que haya inscrito, pero puede dirigirse contra su autor, y hacer valer la garantía que le es debida.

También en el campo mobiliario, naturalmente, la segunda ena
jenación (contrato con el cual se transfiere), constituye incumplimiento de la primera; por lo tanto, el primer adquirente puede dirigirse contra el enajenan te, que está obligado a garantizar su adquisición.

Adviértase, finalmente, que los riesgos en los que incurre el que adquiere y no inscribe (tratándose de inmuebles o muebles registrados), o no exige la entrega de la cosa (tratándose de muebles), no se limitan a los que se acaban de enunciar, que involucran el concurso o el conflicto entre adquirentes de la propiedad o de derechos reales sobre la cosa. El adquirente

que no "conserva" su adquisición (con la posesión o la inscripción) puede ver cómo la cosa es embargada y expropiada por los acreedores del enajenan te. En el artículo 2914(NP53) se establece que no tienen efecto en perjuicio del acreedor prendario las transferencias de bienes inmuebles (o de muebles registrados), que hayan sido inscritas con posterioridad al embargo (es decir, a la inscripción del embargo, dado que éste, tratándose de inmuebles, se realiza con la inscripción: artículo 55 del Código Procesal Civil) Y agrega, a renglón seguido, que no tienen efecto en perjuicio del acreedor prendario ni siquiera las enajenaciones de cosas muebles "cuya posesión no haya sido transmitida con anterioridad al embargo", a menos que la enajenación resulte de un acto que tenga fecha cierta
(artículo 2914, cit. numeral 4).

Algo más o menos análogo se verifica en el caso de quiebra del enajenante. El artículo 45 de la Ley de quiebras (R.D. n. 267, del 16 de marzo de 1942) reza como sigue: las formalidades necesarias para hacer oponibles los actos a los terceros, de ser realizadas después de la fecha de la declaración de quiebra, no tienen efecto respecto de los acreedores. Ahora bien, estas formalidades son, precisamente, la inscripción y la entrega (esta última puede ser subrogada por un acto que tenga fecha cierta, como ya se ha visto). Pero, ¿qué significa decir que las formalidades etc. no tienen efecto? Significa que no son oponibles a la quiebra las enajenaciones (y las constituciones de derechos reales) que habrían tenido que someterse a tales formalidades, mas no lo hayan hecho; significa, por consiguiente, que las cosas enajenadas se integran a la masa de quiebra activa, como si el deudor
(después quebrado) no las hubiese enajenado.

Nótese que el conflicto puede tener lugar, no sólo entre dos inscripciones (o entre una inscripción y la declaración de

quiebra), sino también entre una inscripción y una anotación, como resulta, claramente, del artículo 2644. Así, el adquirente que no ha inscrito puede ver cómo el inmueble adquirido se somete a hipoteca por parte de los acreedores del enajenante, si estos llegan a contar con una anotación al respecto, antes de que el adquirente inscriba su adquisición. Y no tiene ninguna importancia el hecho de que se trate de hipoteca legal, judicial o voluntaria: sin perjuicio, siempre, en caso de hipoteca voluntaria, del derecho del adquirente de dirigirse contra el que ha otorgado la hipoteca, para hacer valer la garantía y demandar los daños. También puede existir conflicto entre acreedor prendador y acreedor hipotecario. El artículo 2916(NP54) establece que, en la distribución de la suma recabada por la venta, no se tienen en cuenta las hipotecas anotadas después del embargo, es decir, luego de la inscripción de éste.

Finalmente, puede ocurrir que el conflicto tenga lugar entre dos (O más) anotaciones, es decir, entre dos (o más) acreedores hipotecarios; la prioridad en la inscripción determina el grado de la hipoteca; el que anota después podrá satisfacerse con lo recabado de la venta del inmueble hipotecado, sólo después que se haya satisfecho al que ha efectuado antes la anotación.

Otras veces, los efectos de la inscripción (o anotación) de una adquisición son anticipados o retrotraídos al momento de la inscripción de una demanda judicial, y puede suceder que el adquirente prevalezca sobre otro adquirente, no porque ha inscrito antes su adquisición, sino porque ha inscrito antes una determinada demanda judicial. Ello se verifica en el caso de inscripción de una demanda judicial dirigida a obtener la ejecución en forma específica del deber de contratar (artículo 2652, numeral 2) o de demanda dirigida a obtener la verificación judicial de la suscripción de un documento privado que

contiene un acto sujeto a inscripción o anotación (artículo citado, numeral 3(NP55").

Por ejemplo: si un sujeto ha celebrado un contrato preliminar para la adquisición de un inmueble, no podría proceder a la inscrip

ción, porque el contrato preliminar no determina la transferencia de propiedad, pues sólo hace surgir la obligación de celebrar el contrato definitivo. Por otro lado, la ley concede, a quien ha celebrado el contrato preliminar, inscribir la demanda judicial a la cual se hace referencia en el numeral 2 del citado artículo 2652, y de resguardarse, así, contra sucesivas transferencias realizadas por el promitente, e inscritas luego de la inscripción de la antedicha demanda judicial [véase, también, supra, en el núm. 5 del Capítulo V de la primera parte del presente].

---

(11) Por S. MAIORCA, Il contratto. Profili delta disciplina generale. Lezioni di diritto privato, Turín, 1981, p. 64.

(NP28) [N. de los P.] "Artículo 2786 del Código Civil italiano de 1942. Constitución.- La prenda se constituye con la entrega al acreedor de la cosa o del documento que confiere la exclusiva disponibilidad de la cosa.

La cosa o el documento pueden ser también entregados a un tercero designado por las partes o pueden ser puestos en custodia de ambas, de modo que el constituyente esté en la imposibilidad de disponer de ella sin la cooperación del acreedor".

[A. de los P.] "Artículo 1055 del Código Civil peruano.- La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación".

(NP29) [N. de los P.] "Artículo 2821 del Código Civil italiano de 1942. Concesión de hiPoteca.- La hipoteca se puede conceder también mediante declaración unilateral. La concesión debe hacerse por escritura pública o por escritura privada, bajo sanción de nulidad. No se puede conceder por testamento".
(12) La doctrina usa la palabra "prenda" tanto para designar el derecho real de garantía como para indicar el contrato con el cual se constituye.
(NP30) [N. de los P.] "Artículo 1766 del Código Civil italiano de 1942. Noción.El depósito es el contrato por el cual una parte recibe de la otra una cosa mueble con la obligación de custodiada y de restituida en especie".
[A. de los P.] "Artículo 1814 del Código Civil peruano.- Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiado y devolvedo cuando lo solicite el depositante".
(NP31) [N. de los P.] "Artículo 1803 del Cópigo Civil italiano de 1942. Noción.El comodato es el contrato por el cual una parte entrega a la otra una cosa mueble o inmueble, a fin de que se sirva de ella por un tiempo o para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida.
El comodato es esencialmente gratuito".
[A. de los P.] "Artículo 1728 del Código Civil peruano.- Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva".
(NP32) [N. de los P.] "Artículo 1813 del Código Civil italiano de 1942. Noción.El mutuo es el contrato por el cual una parte entrega a la otra una determinada cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, y ésta se obliga a restituir otras tantas cosas de la misma especie y calidad".

[A. de los P.] "Artículo 1648 del Código Civil peruano.- Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad"
(NP33) [N. de los P.] "Artículo 1814 del Código Civil italiano de 1942. Transferencia de la propiedad.- Las cosas dadas en mutuo pasan a propiedad del mutuatario".
(NP34) [N. de los P.] "Artículo 2801 del Código Civil italiano de 1942. Entrega del docu1lUJnto.- Si el crédito constituido en prenda resulta de un documento, el constituyente está obligado a entregado al acreedor".
[A. de los P.] "Artículo 1084 del Código Civil peruano.- Sólo pueden darse en prenda créditos que consten de documento, el mismo que debe ser entregado al acreedor o, de mediar acuerdo entre las partes, ser confiado a un tercero o depositado en institución de crédito. .
El asentimiento del constituyente es irrevocable y el deudor debe ser notificado" .
(NP35) [N. de los P.] "Artículo 2800 del Código Civil italiano de 1942. Condiciones de la prelación.- En la prenda de créditos la prelación no tiene lugar sino cuando la prenda resulta de acto escrito y la constitución del mismo ha sido notificada al
deudor del crédito dado en prenda o bien ha sido aceptada por éste por documento que tenga fecha cierta".
[A. de los P.] "Artículo 1085 del Código Civil peruano.- Si sobre un crédito existen varios derechos de prenda, tendrá prelación aquel cuyo derecho preceda al de los demás".
(13) F. MESSINEO, op. cit., t. 11, p. 77.
(NP36) [N. de los P.] "Artículo 1548 del Código Civil italiano de 1942. Noción.

El reporte es el contrato por el cual el reportado transfiere en propiedad al reportador títulos de crédito de una determinada especie, por un determinado precio, y el reportador asume la obligación de transferir al reportado, al vencimiento del plazo establecido, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, contra reembolso del precio, que puede ser aumentado o disminuido en la medida convenida".

(NP37) [N. de los P.] "Artículo 1556 del Código Civil italiano de 1942. Noción.- Por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido".

(NP38) [N. de los P.] "Artículo 1798 del Código Civil italiano de 1942. Noción.El secuestro convencional es el contrato por el cual dos o más personas confían a un tercero una cosa o una pluralidad de cosas, respecto de la cual haya surgido entre ellas controversia, para que la custodie y la restituya a aquella a quien corresponda una vez que la controversia sea definida".

[A. de los P.] "Artículo 1857 del Código Civil peruano.- Por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia".

(14) ¡bid., p. 396.

(NP39) [N. de los P.] "Artículo 1822 del Código Civil italiano de 1942. Promesa de mutuo.- Quien ha prometido dar en mutuo puede rechazar el cumplimiento de su obligación si las condiciones patrimoniales del otro contratante han llegado a ser tales que hace notablemente difícil la restitución y no se le ofrecen garantías idóneas".

(15) Sobre este y otros problemas véase el extenso análisis de A. GALASso, Mutuo e deposito irTegolare, 1, La costituzione dRi rapporto, Milán, 1967, p. 204 Y ss.

(NP40) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1465 del Código Civil italiano de 1942. Contrato con efectos traslativos o constitutivos.- La misma disposición se aplica en el caso en que el efecto traslativo o constitutivo sea diferido hasta el vencimiento de un plazo".
(NP41) [N. de los P.] "Artículo 1176 del Código Civil italiano de 1942. Diligencia en el cumPlimiento.- En el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia".
(NP42) [N. de los P.] "Numeral 1 del artículo 2643 del Código Civil italiano de 1942. Actos sujetos a inscripción.- Se deben hacer públicos por medio de la inscripción: Los contratos que transfieren la propiedad de bienes inmuebles".
(NP43) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 2659 del Código Civil italiano de 1942. Nota de inscripción..- Si la adquisición, la renuncia o la modificación del derecho están sometidos a plazo o a condición, se debe hacer mención de ello en la nota de inscripción. Tal mención no es necesaria si, en el momento en que el acto se inscribe, la condición suspensiva se ha verificado o la condición resolutoria ha faltado o bien el plazo inicial ha vencido".
(16) C. M. BIANCA, La vendita e la pennuta, en Trattato di diritto civile italiano diretto da Filippo Vassalli, vol. VII, t. 1, Turín, p. 79, se pregunta, precisamente, si en la hipótesis de reenvío del efecto traslativo al vencimiento de un plazo, el traslado del riesgo a cargo del adquirente "no establece una calificación de su posición en el sentido de un derecho actual sobre el bien, aun cuando se ejerciera diferidamente". Aunque no responde expresamente al problema, BIANCA deja entender claramente su propensión y formula como posible una análoga solución en la venta con reserva de dominio, comúnmente señalada como una excepción a la regla del riesgo (artículo 1523).

Para ulteriores profundizaciones sobre la inscripción de trasferencias sometidas a plazo o condición, véase: L. FERRI, Trascrizione imrrwbiliare, 2~. ed., en Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bolonia-Roma, 1971, p. 70 Y p. 314.
(NP44) [N. de los P.] "Numeral 2 del artículo 2652 del Código Civil italiano de 1942. Demandas referentes a actos sujetos a inscripción.- Se deben inscribir, cuando se refieran a los derechos mencionados en el artículo 2643, las demandas judiciales indicadas por los numerales siguientes, a los efectos previstos en cuanto a cada una de ellas:
Las demandas dirigidas a obtener la ejecución en forma específica de la obligación de contratar.
La inscripción de la sentencia que ampara la demanda prevalece sobre las inscripciones exigidas contra el demandado después de la inscripción de la demanda".
(17) F. MESSlNEO, op. cit., t. 11, p. 69, por ejemplo, encuadra el contrato (traslativo) sometido a condición suspensiva entre los contratos con efectos obligatorios.
(NP45) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1360 del Código Civil italiano de 1942. &troactividad de la condición.- Los efectos de la realización de la condición se retrotraen al momento en que se celebró el contrato, salvo que por voluntad de las partes, o por la naturaleza de la relación, los efectos del contrato o de la resolución tengan que retrotraerse a un momento distinto".
[A. de los P.] "Artículo 177 del Código Civil peruano.-La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario".
(18) L. FERRI, Trascrizione immobiliare, cit., p. 70 Y p. 314.
(NP46) [N. de los P.] "Artículo 1357 del Código Civil italiano de 1942. Actos de disposición en pendencia de la condición.- Quien tiene un derecho subordinado a condición

suspensiva o resolutoria puede disponer de aquél, durante la pendencia de ésta; pero los efectos de cada acto de disposición están subordinados a la misma condición".
(NP47) [N. de los P.] "Último párrafo del artículo 1465 del Código Civil italiano de 1942. Contrato con efectos traslativos o constitutivos.- En todos los casos el adquirente queda liberado de su obligación si la trasferencia estaba sometida a una condición suspensiva y si la imposibilidad ha sobrevenido antes que se cumpla la condición".
(19) Lo indica precisamente A. C. PELOSI, La proprietil risolubile nella teoria del negozio condizionato, Milán, 1975, quien reconoce una derogación a la "pretensión" retroactiva de la condición.
(20) Lo señala A. C. PELOSI, op. cit., p. 57, quien encuentra justificada y justa esta tradición (p. 66).
(NP48) [N. de los P.] "Artículo 1360 del Código Civil italiano de 1942. &troactividad de la condición.- Los efectos de la realización de la condición se retrotraen al momento en que se celebró el contrato, salvo que por voluntad de las partes, o por la naturaleza de la relación, los efectos del contrato o de la resolución tengan que retrotraerse a un momento distinto.
Sin embargo, si la condición resolutoria ha sido impuesta en un contrato de ejecución continuada o periódica, la realización de ella, en ausencia de pacto en contrario, no tiene efecto con respecto a las prestaciones ya ejecutadas".
(21) De diferente opinión A. C. PELOSI, op. cit., p. 69, que textualmente escribe: "r...] en la hipótesis de enajenación subordinada bajo condición resolutoria el riesgo grava en todo caso -si se realiza o no la condición- sobre el adquirente, quedando el enajenante exonerado de restituir la prestación debida[...]".

(22) El Código Civil vigente, con el propósito de favorecer la circulación de las cosas muebles, ha comprendido en el principio también las cosas perdidas o robadas, que estaban exceptuadas en el código abrogado (artículo 708) y aún están exceptuadas en muchas legislaciones extranjeras. Sobre estos problemas, extensa y profundamente: L. MENGONI, Gli acquisti "a non domino", 2i1. ed., totalmente reelaborada, Milán, 1968, p. 98.
(NP49) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1153 del Código Civil italiano de 1942. Efectos de la adquisición de la posesión. - Aquel a quien son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario de ellos, adquiere su propiedad mediante la posesión, siempre que sea de buena fe en el momento de la entrega y exista un título idóneo para la transferencia de la propiedad".
[A. de los P.] "Artículo 1136 del Código Civil peruano.- Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua".
(23) Sobre el punto, véase: L. MENGONI, op. cit., p. 103.
(NP50) [N. de los P.] "Artículo 1155 del Código Civil italiano de 1942. Adquisi
ción de buena fe anterior a la enajenación a otro. - Si alguno, mediante sucesivos contratos, enajena a varias personas un bien mueble, aquella de dichas personas que ha adquirido de buena fe la posesión es preferida a las otras, aun cuando el título sea de fecha posterior".

[A. de los P.] "Artículo 948 del Código Civil peruano.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal".
(NP51) [N. de los P.] "Artículo 1153 del Código Civil italiano de 1942. "Efectos de la adquisición de la posesión. - Aquel a quien son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario de ellos, adquiere su propiedad mediante la posesión, siempre que sea de buena fe en el momento de la entrega y exista un título idóneo para la transferencia de la propiedad.
La propiedad se adquiere libre de derechos ajenos sobre la cosa, si éstos no resultan del título y hay buena fe del adquirente.
Del mismo modo se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda".
(NP52) [N. de los P.] "Artículo W44 del Código Civil italiano de 1942. Efectos de la inscripción.- Los actos descritos en el artículo anterior no tienen efecto respecto a los terceros que mediante cualquier título hayan adquirido derechos sobre los inmuebles en virtud de un acto inscrito o inscrito anteriormente a la inscripción de los mismos actos.
Realizada la inscripción no pueden tener efecto contra aquel que ha inscrito alguna inscripción de derechos adquiridos contra su causante, aun cuando la adquisición se remonte a fecha anterior".
(24) L. FERRI, Trascrizione immobiliare, cit., p. 45.
(25) L. FERRI, Trascrizione immobiliare, cit., p. 49. En general, sobre las situaciones en las cuales un negocio jurídico c°!lstituye actividad prohibida, pero no obstante ello es válido, véase: L. FERRI, L'autonomia privata, cit. pp.

165,228 Y 242, Y los autores allí citados, entre los cuales, particularmente, A. LEVI, quien habla, al respecto, de interferencias entre licere y posse.
(NP53) [N. de los P.] "Artículo 2914 del Código Civil italiano de 1942. Enajenaciones anteriores al embargo.- No tienen efecto en perjuicio del acreedor embargante y de los acreedores que intervienen en la ejecución, aunque sean anteriores al embargo: Las enajenaciones de bienes muebles de los que no se haya trasmitido la posesión con anterioridad al embargo, salvo que resulten de acto que tenga fecha cierta"
.
(NP54) [N. de los P.] "Artículo 2916 del Código Civil italiano de 1942. Hipotecas y privilegios.- En la distribución de la suma obtenida de la ejecución no se tiene en cuenta;
1) Las hipotecas, aun cuando sean judiciales, inscritas después del embargo;
2) Los privilegios para cuya eficacia es necesaria la inscripción si ésta tiene lugar después del embargo;
3) Los privilegios por créditos nacidos después del embargo".
(NP55) [N. de los P.] "Numeral 3 del artículo 2652 del Código Civil italiano de 1942. Demandas referentes a actos sujetos a inscripción.- Se deben inscribir, cuando se refieran a los derechos mencionados en el artículo 2643, las demandas judiciales
indicadas por los numerales siguientes, a los efectos previstos en cuanto a cada una de ellas:
Las demandas dirigidas a obtener la declaración judicial de la firma de escrituras privadas en que se contiene un acto sujeto a inscripción.
La inscripción del acto contenido en la escritura produce efecto desde la fecha en que se ha inscrito la demanda".
26) L. FERR!, Trascrizione immobiliare, cit., p. 6.

8. La tradición germana y el principio de la investidura formal

Como hemos observado en otro lugar(26) , el principio de la transferencia consensual de dominio (en materia inmobiliaria) se vincula con un sistema de publicidad que tiene naturaleza dedarativa, como lo es el franco-italiano, de la inscripción. En el derecho germano, que tiene un sistema de publicidad constitutivo en el sentido de que la transferencia del dominio sucede por efecto y en virtud de la inscripción en el catastro, no podía encontrar aplicación, por lo menos en el campo inmobiliario, el principio de la eficacia traslativa del consentimiento, es decir, del contrato (27) . El mismo discurso es válido para el derecho austriaco y para las provincias italianas del Trentino-Alto Adige, que han conservado el sistema de tabulas, es decir, de la publicidad constitutiva. El Gobierno italiano, luego de la anexión posterior a la Primera Guerra Mundial, no consideró oportuno extender el sistema nacional de publicidad. El R.D. n. 499, del
28 de marzo de 1929, titulado Disposiciones relativas a los libros inmobi~ liarios en los territorios de las nuevas provincias, después de confirmar que los catastros allí vigentes se conservan en vigor, establece expresamente (artículo 2): "En modificación de lo dispuesto por el Código Civil italiano, el derecho de propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles no se adquieren por acto inter vivos sino con la inscripción del derecho en el catastro". La entrada en vigor del nuevo Código Civil no ha cambiado la situación. El

artículo 230 de las disposiciones transitorias(NP56) nos advierte, en efecto, que las normas del decreto citado y de la ley sobre los catastros, en el texto anexo al primero, siguen vigentes en el territorio de las nuevas provincias, hasta que no se regule su coordinación con las disposiciones del Código. Dicha coordinación, efectuada con la Ley n. 594, del 29 de octubre de 1974, confirma, por otro lado, la inaplicabilidad del principio de transferencia consensual de la propiedad en dicho territorio (véase, especialmente, el artículo 8 de la ley citada).

9. Contratos relativos a cosas futuras o cosas ajenas

Estos contratos son, normalmente, válidos. La ley regula expre
samente la venta de cosa futura (artículo 1472(NP57)) y la venta de
cosa ajena (artículo 1478(NP58)). Respecto de la primera, se podría señalar que el contrato está (actualmente) privado de objeto, y, por lo tanto, incompleto o en vía de formación. Esta idea se basa en el prejuicio de creer que objeto del contrato es la cosa en sí, en su materialidad o entidad, y no la representación de la cosa, su símbolo. Si se supera tal prejuicio, será fácil reconocer, después, que puede ser representada o simbolizada tanto una cosa existente, cuanto una cosa no existente, sino sólo pensada o representada en nuestra mente. Por lo tanto, no existe obstáculo lógico para considerar el contrato perfecto, incluso en su requisito o elemento objetivo, antes de que la cosa, considerada en sí misma, exista.

La doctrina y la jurisprudencia han abandonado, desde hace tiempo, la tesis que aprecia en la venta de cosa futura una venta carente de un requisito esencial, y han formulado la tesis de la venta de cosa futura como venta subordinada a la

condicio iuris de la existencia de la cosa. En síntesis, el nacimiento de la cosa no sería un requisito del contrato, sino un presupuesto de su eficacia. Esta posición también parece haberse abandonado hoy en día, por parte de la doctrina más reciente, que considera la venta de cosa futura, justificadamente, como una venta obligatoria, que, en cuanto tal, es inmediatamente eficaz y vinculan te para las partes. El vendedor no
debe mantenerse, simplemente, a la espera de un evento, ni limitarse a conservar íntegros los intereses de la otra parte, según se prescribe en el artículo 1358(NP59) en materia de negocios condicionados; él está más bien obligado (y se trata de una obligación fundamental en la economía del contrato) a hacer cuanto sea necesario (si se trata de operaciones de cultivo o de fabricación) para que la cosa exista(28).
En este caso, el efecto traslativo no se determina con el consentimiento, es decir, con la celebración del contrato, sino con la separación de los frutos (o el corte de los árboles) (artículo 1472, primer párrafo), o la construcción de la cosa, si se trata de una cosa que el hombre deba, precisamente, construir o fabricar(29).
El artículo 1472, segundo párrafo, establece que la venta es nula si la cosa no llega a existir. Luego de lo precisado, es fácil criticar tal fórmula. Ella refleja una posición superada, porque parte, evidente
mente, del presupuesto de que la venta de cosa futura no es un contrato perfecto, sino un contrato carente de un requisito esencial, y, por lo tanto, nulo. Abandonada esta tesis, no tiene ya sentido hablar de nulidad. Y acaso se alegará: el legislador habla de ello, y nosotros debemos atenemos a este dato. Mas respondemos, de inmediato, que el intérprete debe buscar el verdadero significado de una regulación dictada por el legislador, y no atenerse, mezquinamente, a la letra. Ahora bien,

es indiscutible que de un examen profundo sale a la luz que el vendedor de cosa futura está, ya desde el momento de la celebración del contrato, obligado a hacer todo lo necesario que esté en su poder a fin de que el comprador adquiera la propiedad (30). Por lo tanto, si la cosa no llega a existir a causa de la deficiente actividad del vendedor, que, por su negligencia, no produce el esfuerzo necesario para fabricarla, para construirla, para separarla, etc., el contrato, lejos de considerarse nulo, es considerado no-cumplido, y el comprador podrá pedir, a su elección, que se ordene al vendedor cumplir, o que el contrato se resuelva por incumplimiento; en ambas hipótesis, además, podrá demandar la condena al resarcimiento del daño, por retardo en el cumplimiento o por incumplimiento definitivo (artículo 1453(NP60)). Si la falta de nacimiento de la cosa no fuese imputable al vendedor, que, por su parte, haya hecho todo lo necesario, entonces él quedará liberado (a menos que haya garantizado el resultado, y asumido el riesgo contractual) por imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículo 1463), y no por nulidad del contrato, como inexactamente se refiere en el artículo 1472, segundo párrafo(31). En éste último caso, por otro lado, el vendedor no podrá reclamar la contraprestación, es decir, el pago del precio, y deberá restituirla, de haberla recibido, siempre en aplicación del artículo 1463. Asíserá, sin embargo, siempre que el contrato no haya sido celebrado como contrato aleatorio, es decir, como emptio spei (artículo 1472, segundo párrafo).

Es necesario precisar que si bien la venta de cosa futura es un contrato perfecto y válido, no todos los contratos que involucran bienes futuros son válidos. No lo es la donación, que no puede comprender bienes futuros (artículo 771, primer párrafo(NP61"). La sanción, en este caso, es la nulidad. También puede ser considerado contrato con el cual se dispone de

bienes futuros el pacto sucesorio dispositivo con el cual alguien disponga de derechos que le podrán corresponder en una sucesión aún no abierta (artículo 458(NP62"). En este segundo caso se aplica, igualmente, la nulidad, y ello, sin distinguir entre disposición a título gratuito o a título oneroso(32).

Los discursos efectuados hasta este punto, en relación con el contrato que tienen por objeto cosa futura, valen también, en gran parte, para el contrato que incide sobre cosa ajena. También en este caso, el contrato no es inválido o incompleto desde su celebración; aquí el efecto traslativo del derecho no se realiza en el momento de la celebración del contrato, sino que es reenviado a un segundo momento que está representado, siempre en esta hipótesis, por la adquisición de la propiedad de la cosa por parte del emijenante (artículo 1478, segundo párrafo(NP63"); este contrato es, pues, desde un inicio, un contrato obligatorio, es decir, que tiene efectos meramente obligatorios, como resulta del artículo citado, primer párrafo (NP64) , en el que se establece que, en la venta de cosa ajena, el vendedor está obligado a procurarle la adquisición al comprador. Ergo, si no hace todo lo necesario que está en su poder para alcanzar este propósito, deberá considerarse nocumplido, cOIl todas las consecuencias que, en los contratos con prestaciones recíprocas, se enlazan con el incumplimiento de una de las partes (resolución del contrato, resarcimiento de los daños). Se debe indicar, adicionalmente, que el comprador, que ignoraba que la cosa no pertenecía al vendedor, puede pedir, sin más, la resolución del contrato, aun cuando el vendedor haya comenzado, con suma diligencia y prontitud, a hacer lo necesario a fin de que el comprador ad
quiera la propiedad, pero sin alcanzar aún el resultado (artículo 1479, primer párrafo(NP65".

Se ha destacado, justificadamente, que la venta de cosa ajena presupone que el vendedor venda en nombre propio(33); que si el vendedor actúa en nombre del dominus, como representante, o declara actuar en nombre del dominus, sin haber sido investido, en realidad, del respectivo poder representativo, no se aplicarán los principios de la venta de cosa ajena, sino los relativos a la representación (artículo 1388(NP66", según los cuales, el contrato produce inmediatamente efectos para el dominus, al tiempo que opera también la transferencia consensual del dominio, si se trata de verdadero representante; en cambio, no produce efecto alguno para el representado (a menos que éste ratifique el contrato: artículo 1399) si se trata de falsus procurator, pero este último estará obligado al resarcimiento de los daños, ex artículo 1398(NP67).

Hay que señalar que no todos los contratos relativos sobre cosas ajenas son válidos (como contratos obligatorios, se entiende). Al igual que la donación de cosas futuras, parece que también se debe considerar nula la donación de cosa ajena, porque en el artículo 771, primer párrafo, se establece que la donación no puede comprender sino los bienes actuales del donante.

10. El principio consensualístico y la cesión de los créditos

La transferencia del crédito del cedente al cesionario, que subsigue a la cesión, no es, ciertamente, un efecto real, porque no concierne ni a la propiedad ni a otros derechos reales. Ello, a menos que se pretenda equiparar la titularidad del crédito a una propiedad del crédito. Sin embargo, esto no parece sostenible, aunque se tenga que admitir que el crédito puede ser objeto de derechos reales limitados, como el usu-

fructo o la prenda. Una vez admitido que la cesión del crédito genera esencialmente sólo efectos obligatorios, no se ha resuelto en sentido negativo, de todos modos, el problema de la eficacia traslativa del consentimiento respecto de los derechos de crédito. De lo que se trata es de ver si el artículo 1376, en el que se enuncia el principio de la eficacia traslativa del consentimiento, está circunscrito al ámbito de los derechos reales, o si, por casualidad, no se aplica también en el ámbito de los derechos de crédito. La letra de la norma citada parece acoger la solución más lata, dado que habla de transferencia de la propiedad, de transferencia de un derecho real o de otro derecho. Otros derechos, respecto de los derechos reales, son, principalmente, los derechos de crédito. Pero, como es obvio, no podemos detenernos en un examen meramente literal del artículo citado. Debemos concentrar nuestra atención en la regulación de la cesión de los créditos, y, en particular, en los artículos 1260(NP68) y 1264(NP69). En abstracto, dado que la cesión es un negocio que incide, y no secundariamente, en la posición del deudor, se puede configurar un sistema en el cual la cesión puede realizarse sólo con el consentimiento del deudor. En este caso, la cesión quedaría configurada como contrato (necesariamente) pluri-la~eral, y, para ser precisos, con tres partes: el cedente, el cesionario y el deudor cedido. Sin embargo, no es ésta la vía seguida por nuestro legislador, que estable ce que el crédito puede ser transferido, a título oneroso o gratuito, aun sin el consentimiento del deudor. El problema se restringe si el contrato (bilateral), con el cual se cede el crédito, es inmediatamente traslativo del crédito mismo bajo la titularidad del cesionario, o si, para la transferencia, es necesaria también la notificación al deudor de la cesión efectuada, o su aceptación, operaciones que son requeridas por el artículo 1264, primer párrafo, que tiene como encabezado Eficacia de la cesión

respecto al deudor cedido. La doctrina está dividida. En favor de la transferencia del crédito por mero consentimiento, se observa que la ley considera no liberatorio, y, por lo tanto, inválido, el pago hecho por el deudor al cedente, antes de la notificación o aceptación de la cesión, si el deudor mismo tenía conocimiento de la cesión realizada (artículo 1264, segundo párrafo). Esto implica, según se indica, que el pago al cedente es equiparado al pago al acreedor aparente, o sea al no-acreedor; ergo, el crédito se transfiere al cesionario, por efecto del simple consentimiento (34) .

Ya hemos expresado, por lo demás, que el principio del consentimiento traslativo, incluso en el campo de las cosas, es decir, de los derechos reales, encuentra mitigaciones y limitaciones, y no nos debemos sorprender si en el campo de los créditos se verifica una situación análoga. Se debe observar que en este campo no puede darnos ninguna luz aquello que, en el campo de los derechos reales, constituye, en cierta medida, el papel de tornasol que prueba la transferencia realizada, es decir, el traslado del riesgo de la pérdida de la cosa.

---

(27) C. M. BlANCA, La vendita e la permuta, cit., p. 74.

(NP56) [N. de los P.] "Artículo 230 de las disposiciones transitorias del Código Civil italiano de 1942. Salvo lo dispuesto por los posteriores artículos 231 y 232, las normas del Real Decreto del 28 de marzo de 1929, n. 499 y de la ley sobre los libros territoriales en el texto anexo a dicho decreto, hasta que no se regule a su coordinación con las disposiciones del código, continúan teniendo vigor en los territorios de las nuevas provincias, y en lugar de las disposiciones del código de 1865 se entiende referidas a las correspondientes disposiciones del nuevo código".

(NP57) [N. de los P.] "Artículo 1472 del Código Civil italiano de 1942. \-0nta de cosas futuras.- En la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica tan pronto como la cosa llega a tener existencia. Si el objeto de la venta son los árboles o los frutos de un fundo, la propiedad se adquiere cuando los árboles son cortados o los frutos son separados.
Cuando las partes no hayan querido concluir un contrato aleatorio, la venta es nula si la cosa no llega a tener existencia".
[A. de los P.] "Artículo 1534 del Código Civil peruano.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia".
"Artículo 1535 del Código Civil peruano.- Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.
Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio".
"Artículo 1536 del Código Civil peruano.- En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir".
(:-.iP58) [N. de los P.] "Artículo 1478 del Código Civil italiano de 1942. Venta de cosa ajena.- Si en el momento del contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador.
El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella".
[A. de los P.] "Artículo 1537 del Código Civil peruano.- El contrato por el cual una de las partes se compromete a obte-

ner que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 Y 1472".
"Artículo 1538 del Código Civil peruano.- En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario".
(N~59) [N. de los P.] "Artículo 1358 del Código Civil italiano de 1942. Comportamiento de las partes durante el estado de penden cia.- Encontrándose en pendencia la condición, aquel que se ha obligado o que ha enajenado un derecho bajo condición suspensiva, o que lo ha adquirido bajo condición resolutoria, debe comportar
se según la buena fe, a fin de conservar íntegros los intereses de la otra parte".
(28) Así sustancialmente C. M. BlANCA, La vendita e la permuta, cit., p. 339. (29) C. M. BlANCA, op. cit., p. 340, que considera, en particular, que la transfe
rencia de la propiedad coincida con la existencia del bien.
En lo que respecta a los frutos pendientes y los árboles (aún no cortados), se podría señalar que éstos existen ya en la naturaleza y que no parece por tanto correcto hablar de cosas futuras. La objeción es fundada en abstracto. Sin embargo, no lo es si se considera que, en la mente del legislador, una cosa puede ser considerada futura, no solo cuando sea física o naturalmente inexistente, sino también cuando, existiendo físicamente, no puede ser objeto autónomo de un derecho. Y ello ha sucedido precisamente para las plantaciones (y consiguientemente, a fortiori, para los frutos pendientes) de las cuales el legislador ha dicho que no se puede transferir la propiedad separadamente de aquella del suelo (artículo 956). Para plantaciones y frutos por tanto, la existencia se identifica

con el corte o separación. En aquel momento se verificará la transferencia de la propiedad y, como talla transferencia del riesgo.
(30) P. PERLINGIERI, 1 negozi su beni futuri, 1, La compraventita di "cosa futura", Nápoles, 1962, p. 185.
(NP60) [N. de los P.] "Artículo 1453 del Código Civil italiano de 1942. Posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, el otro puede; a su elección, requerir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin peIjuicio, en cualquier caso, del resarcimiento del daño.
La resolución también puede ser demandada cuando el juicio ha sido promovido para obtener el cumplimiento, pero no se puede requerir el cumplimiento cuando se ha demandado la resolución.
A partir de la fecha de la demanda de resolución, aquel que incumplió ya no puede cumplir su obligación".
[A. de los P.] "Artículo 1428 del Código Civil peruano.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y peIjuicios.
A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte
demandada queda impedida de cumplir su prestación".
(31) La nulidad no puede jamás derivar de un hecho sobrevenido, sino solo
de un hecho contemporáneo a la celebración del contrato.
(NP61) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 771 del Código Civil italiano de 1942. Donación de bienes futuros.- La donación no puede comprender más que los bienes presentes del donante. Si comprende bienes futuros, es nula

respecto a éstos, salvo que se trate de frutos aún no separados".
(NP62) [N. de los P.] "Artículo 458 del Código Civil italiano de 1942. Prohibición de pactos sucesonos. - Es nula toda convención por la que alguno dispone de la propia sucesión. Es igualmente nulo todo acto por el cual alguien dispone de los derechos que le pueden corresponder sobre una sucesión no abierta todavía o renuncia a los mismos".
[A. de los P.] "Artículo 1405 del Código Civil peruano.- Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora".
(32) L. FERRI, Disposizioni generali sulle successioni, 2a. ed., en Commentano del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bolonia-Roma, 1980, p. 97. C. M. BlANCA, op. cit., p. 653, parece considerar el pacto sucesorio dispositivo como un caso de venta de cosa ajena.
(NP63) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1478 del Código Civil italiano de 1942. ~nta de cosa ajena.- El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella".
(NP64) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1478 del Código Civil italiano de 1942. ~nta de cosa ajena.- Si en el momento del contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador" .
(;\iP65) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1479 del Código Civil italiano de 1942. Buena fe del comprador.- El comprador puede pedir la resolución del contrato si, cuando lo ha celebrado, ignoraba que la cosa no era de propiedad del vendedor y si entre tanto el vendedor no le ha hecho adquirir su propiedad".
[A. de los P.] "Artículo 1539 del Código Civil peruano.- La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador,

salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda" .
(33) C. M. BlANCA, op. cit., p. 648.
C'lP66) [N. de los P.] "Artículo 1388 del Código Civil italiano de 1942. Contrato
celebrado por el representante.- El contrato celebrado por el representante en nombre y en interés del representado, dentro de los límites a él conferidos, produce efectos, directamente, frente al representado".
[A. de los P.] "Artículo 160 del Código Civil peruano.- El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado".
(:'IP67) [N. de los P.] "Artículo 1398 del Código Civil italiano de 1942. Representación sin poder. - El que hubiera contratado como representante sin tener poderes para hacerlo o excediendo los límites de las facultades a él conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato".
[A. de los P.] "Artículo 161 del Código Civil peruano.- El acto jurídico celebrado por el represeñtante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin peIjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.
También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye".
(NP68) [N. de los P.] "Artículo 1260 del Código Civil italiano de 1942. Cesibilidad de los créditos.- El acreedor puede transferir a título oneroso o gratuito su crédito, aun sin el consentimiento del deudor, siempre que el crédito no tenga

carácter estrictamente personal o que la transferencia no esté prohibida por la ley.
Las partes pueden excluir la cesibilidad del crédito, pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que él lo conocía al tiempo de la cesión".
[A. de los P.] "Artículo 1206 del Código Civil peruano.- La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.
La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor".
"Artículo 1210 del Código Civil peruano.- La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.
El pacto por el que se prohibe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión".
(NP69) [N. de los P.] "Artículo 1264 del Código Civil italiano de 1942. Eficacia de la cesión respecto del deudor cedido.- La cesión tiene efecto respecto del deudor cedido cuando éste la ha aceptado o cuando le ha sido notificada.
Sin embargo, aun antes de la notificación, el deudor que paga al cedente no queda liberado si el cesionario prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión realizada".
[A. de los P.] "Artículo 1215 del Código Civil peruano.- La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente".
"Artículo 1216 del Código Civil peruano.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada" .

(34) F. MARANI, Notifica, accettazione e buona fede nelZa cessione dei crediti, Módena, 1977, p. 21, en la que existen extensas referencias doctrinales.

CAPÍTULO V

Los efectos del contrato

1. Noción estricta o técnica y noción lata de "efectos del contrato"

Son las consecuencias jurídicas del contrato, es decir, los efectos que, en el plano ideal del derecho, nacen del contrato. Se expresan en términos de obligaciones, de derechos, de facultades, de prohibiciones, de poderes. El contrato no se limita a causados, sino que los plasma, los "conforma" y, por lo tanto, los contiene; los efectos jurídicos son su contenido(l).
Como se ha anotado, la interpretación del contrato tiene como fin, justamente, determinar los efectos jurídicos del contrato, sobre la base de un análisis del contenido del mismo, que es el contenido nonhativo o preceptivo.
Los meros actos jurídicos (al igual que los hechos naturales) causan o determinan tales efectos jurídicos, pero no lo "contienen", no lo "conforman". Por consiguiente, no tendría sentido hablar de "interpretación" de un acto ilícito. Las consecuencias jurídicas que derivan de este último son plasmadas o conformadas por la ley, que las vincula al mismo; por lo tanto, es interpretando la ley que podemos determinar aquéllas. El contrato también puede operar como mero hecho (O mero acto), es decir, como mera condición de efectos

prefigurados o predeterminados por la ley, que son reconstruidos sobre la base de una interpretación de ésta. Como ya hemos anotado líneas atrás(2), es necesario distinguir, por un lado, los efectos contractuales en sentido propio o estricto, que son aquellos a los cuales se hace referencia en el artículo 1374(NPl), cuando se establece que el contrato "obliga a las partes en cuanto se ha expresado en él" (efectos que se obtienen de la "lectura" o interpretación del contrato); y por otro lado, los efectos que el contrato no contiene y no regula, sino que se limita a hacer entrar en acción; efectos a los cuales se hace referencia en el mismo artículo 1374, cuando agrega que el contrato también obliga a las partes "a todas las consecuencias que derivan de él según la ley o, en ausencia de ésta, según los usos y la equidad" .
Esta segunda categoría de efectos, que son considerados y comprendidos por el Código y por la doctrina entre los efectos contractuales o efectos del contrato, serían acaso mejor definidos como "efectos legales" (o consuetudinarios) del contrato. Respecto de estos, el contrato constituye el hecho o hipótesis de hecho [fattispecie] del cual nace el derecho, y no es fuente normativa.
Al respecto, la reciente doctrina habla, no impropiamente, de integración del contrato(3). En ella está implícita, a nuestro parecer, el reconocimiento de una misma naturaleza a la ley, que integra, yal contrato, que es integrado. La ley, con sus normas, no puede hacer más que integrar un acto que tenga, igualmente, contenido normativa. Por lo tanto, si la leyes fuente normativa, también es fuente normativa el contrato.
A la ley, que es fuente normativa superior respecto del contrato, no sólo se permite la integración del contenido normativo del contrato, sino también la sustitución de normas legales en el lugar de normas contractuales, o la modificación de normas contractuales.

Hemos recordado el artículo 1339(NP2), en el que se establece que las cláusulas, los precios de bienes y servicios, que son impuestos por la ley, son incluidos de pleno derecho en el contrato, en sustitución de las cláusulas no conformes establecidas por las partes; el artículo 1932(NP3), que establece, en materia de seguro, que las cláusulas del contrato menos favorables para el asegurado, en comparación con las inderogablemente impuestas por la ley, son sustituidas por estas últimas de pleno derecho. Análogas sustituciones se prevén en materia de contrato de trabajo, en los artículos 2066, segundo párrafo (NP4) , y 2077, segundo párrafo (NP5) , en los cuales las normas sustitutorias, siempre por voluntad de la ley, no son normas legales, sino normas de ordenanzas corporativas, de acuerdos econqmicos colectivos y de convenios colectivos, si todos estos son más favorables para el trabajador(4).
En materia de arrendamiento y anticresis, la ley [ya una duración máxima del contrato: treinta años, y diez años (artículos 1573(NP6) y 1962(NP7"), respectivamente, y establece que una duración mayor que fuere pactada por las partes se reduce, por la ley misma, a los plazos legales. Para el arrendamiento de casas, la reciente Ley n. 392 del 27 de julio de 1978, ha establecido, opuestamente, una duración mínima para los contratos correspondientes, al disponer que eventuales duraciones inferiores pactadas por los contratantes son automáticamente igualadas a la medida legal (véanse los artículos 1, 27 y 58 de la norma citada).

2.
Efectos obligatorios y efectos reales del contrato
Del contrato derivan obligaciones: así se establece, expresamente, y como hemos recordado, en el artículo 1173(NP8). Pero hoy en día, el contrato puede valer también para produ-

cir efectos reales; en otras palabras, efectos concernientes a los derechos reales; en particular, puede transferir el derecho de propiedad; constituir, regular, extinguir derechos reales limitados (artículo 1376(NP9"). Tampoco en el artículo 1321 (NPlO), que contiene la definición del contrato, se alude a tal bipartición de los efectos contractuales; ésta surge de otras normas del Código, y ha sido elaborada por la doctrina, que ha introducido la distinción entre contratos con efectos obligatorios y contratos con efectos reales(5); distinción que debe acogerse, por otro lado, con las limitaciones de las que trataremos en este punto.
Es necesario indicar que la noción más antigua y tradicional de contrato, como convención con la cual se constituye un vínculo entre las partes, parece armonizar con la primera de las dos categorías, a la cual se hace exclusiva referencia, por lo demás, en el ahora citado artículo 1173. La idea misma de que el contrato está constituido por promesas o compromisos, recíprocamente asumidos, sirve para indicar, unívocamente, el efecto obligatorio.
Si el contrato determina automática e instantáneamente la transferencia de la propiedad, como ocurre, por ejemplo, en la venta o en la donación de cosa determinada (artículo 1376), falta, entonces, la promesa (que no puede más que involucrar una actividad futura); falta el compromiso, la obligación, cuyos nacimientos son inconcebibles, porque nada más se debe hacer, por parte del enajenante, para que el adquirente quede investido con la propiedad(6).
Históricamente, parece seguro que sólo con el Código de Napoleón, es decir, a inicios del siglo XIX, se introduce, junto con el contrato con efectos obligatorios, el contrato con efectos reales, esto es, el contrato directamente traslativo de la propiedad o constitutivotraslativo (o modificativo) de otros derechos reales. En el sistema precedente, fiel a la tradición

romanista, podía nacer del contrato la obligación de transferir (constituir, etc.), mas no la transferencia, la cual se realizaba con la "traditio" (entrega) de la cosa. De aquí la dis
tinción entre titulus y modus adquirendi. Titulus era el contrato, modus la traditio. La traditio no debía, y no debe, considerarse negocio y tampoco contrato, sino mero acto jurídico real, al cual la ley atribuía (y atribuye, en ciertos casos, aun hoy en día) la transferencia de la propiedad. Parece que la vinculación directa de los efectos reales con el consentimiento, es decir, con el contrato, luego de eliminado el trámite de la "traditio", se ha logrado gradualmente, bajo la influencia de exigencias prácticas, en particular, a través de las figuras de la traditio
brevi manu (con la cual el mero tenedor se transforma, por acuerdo, en poseedor) y del constituto possessorio (con el cual se realiza el fenómeno inverso y el poseedor se convierte, siempre por acuerdo, en mero tenedor, y con ello, confiere la posesión al adquirente). Tales figuras terminaban por espiritualizar la "traditio" quitándole el carácter de la realidad y, en definitiva, por absorberla o englobarla en el consentimiento. En otro plano, además, parece que la escuela del derecho natural contribuyó a esta simplificación, que, desde nuestro punto de vista actual, parece ser totalmente obvia (7). El efecto real (traslativo, etc.) deriva del mero consentimiento legítimamente manifestado (artículo 1376) (es decir, y en resumidas cuentas, del contrato), sólo si el "objeto" del contrato es una cosa determinada: una cierta casa, un cierto caballo; o una masa de cosas, como, por ejemplo, todo el grano de mi granero o todo el vino de mi bodega (artículo 1377(NPll)). En cambio, si se trata de un genus, como, por ejemplo, cien quintales de grano, el contrato no determina automáticamente la transferencia de propiedad. Para que ésta se verifique, es necesaria una operación ulterior, que el ar-

tículo 1378(NP12) denomina "individualización", y que la doctrina, a menudo, llama "especificación" (a no ser confundida, por otro lado, con la especificación a la que se hace referencia en el artículo 940(NP13), que representa un modo de adquisición a título originario de la propiedad). La individualización o especificación puede ser realizada por acuerdo de las partes (denominada "especificación bilateral") (artículo 1378, primera parte), o sólo por el enajenante (denominada "especificación unilateral"): en dicho caso, si no se ha pactado en contrario, el enajenante está obligado a entregar cosas de calidad no inferior a la media (artículo 1178(NP14"). Hay especificación unilateral, según el último inciso del artículo 1378, cuando, tratándose de cosas a transportar de un lugar a otro, la individualización se produce mediante la entrega de las mercaderías al transportista o al despachador(8). Por consiguiente, en el caso de enajenación de cosa genérica, el contrato retoma su condición tradicional de fuente de obligación, y la transferencia es causada por un acto real posterior, que constituye cumplimiento de una obligación contractual. Se restablece, desde cierto punto de vista, entonces, la distinción entre titulusy modus adquirendi.

3. Contratos con efectos reales

No se debe creer, por otro lado, y como ya hemos observado(9), que los contratos que inciden en derechos reales (transfiriéndolos, constituyéndolos, modificándolos), conciernen sólo a derechos, sin afectar la esfera de los deberes. También los derechos reales, y en particular, el derecho de propiedad, existe sobre la base de deberes correspondientes,. y, por lo tanto, la transferencia del derecho de propiedad no puede ocurrir sin que quede modificada la esfera de aquellos que

están obligados al respeto de la misma, esfera en la cual entrará el enajenante, y de la cual saldrá el adquirente.
Además, los contratos con efectos reales también producen normalmente efectos obligatorios en sentido estricto o técnico en la esfera del adquirente.
En la venta surgirá, dentro de la esfera del comprador, la obligación de pagar el precio, en la donación modal, surgirá la obligación del donatario de cumplir el modus.
En la mayor parte de los casos surgen, en fin, efectos obligatorios, aunque sean de naturaleza accesoria, e incluso en la esfera del que enajena (una cosa determinada). En particular, el vendedor (que con el solo consentimiento ha transferido al comprador la propiedad de la cosa) está obligado a garantizar al adquirente la efectividad de la adquisición, y a defenderlo de las pretensiones que los terceros puedan tener sobre la cosa enajenada (la llamada "garantía por evicción": artículo 1476, numeral 3(NP15"); y además, está obligado a garantizar que la cosa sea inmune por vicios (ocultos) (artículo 1490(NP16"). Dichas garantías se extienden a la permuta (artículos 1553(NP17) Y 1555(NP18"), a la enajenación de bien inmueble con ocasión de la constitución de la renta vitalicia (artículo 1862, primer párrafo(NP19), en el que se invocan las normas sobre la venta), a los conferimientos en sociedad (artículos 2254(NP20) y 2342(NP21"), a la datio in solutum (artículo 1197, segundo párrafo(NP22"), y, dentro de particulares límites, a la donación (artículo 797(NP23").

4. Traslado del riesgo del deterioro

El momento del traslado de la propiedad al adquirente determina la verificación de ulteriores efectos: importante, entre estos, es el traslado del riesgo del deterioro de la cosa al

adquirente: res perit domino. Por lo tanto, en los contratos con eficacia real, una vez transferida la propiedad con el mero consentimiento, se transfiere al adquirente, en el mismo momento, el riesgo del deterioro de la cosa, aun cuando la cosa no le haya sido entregada; la consecuencia práctica es que el segundo, si es un comprador, deberá igualmente (no obstante el deterioro) pagar el precio; si es un permutante, deberá entregar la cosa dada en permuta, etc. Ello, como bien se entiende, siempre que el deterioro no sea imputable al enajenante (artículo 1465, primer párrafo(NP24)).

En cambio, en los contratos que no tienen eficacia real traslativa, como aquellos que tienen por objeto la transferencia de cosa genérica (o de cosa determinada sólo en su género, como se señala en el artículo citado, tercer párrafo), al transferirse la propiedad por efecto de la individualización o de la entrega, el riesgo gravará al adquirente sólo desde el momento en que la individualización o entrega se verifican, y por ello, un deterioro que sólo sea posterior a tales operaciones no librará al adquirente de la contraprestación (en virtud del artículo 1465, tercer párrafo(NP25)). Se debe notar, por otro lado, que las reglas ahora indicadas no constituyen, como parecería, una excepción al principio según el cual, en los contratos con prestaciones recíprocas, la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida libera al deudor, pero le impide pretender la contraprestación

(artículo 1463(NP26)). En los contratos con efectos reales, en efecto, la prestación del enajenante se considera ya realizada en el momento mismo en que el contrato se celebra, por lo cual no puede configurarse su imposibilidad posterior. La entrega de la cosa, en dicha categoría de contratos, tiene naturaleza de prestación accesoria y secundaria, cuya imposibilidad no incide sobre el sinalagma, y no da lugar, por lo tanto, a la resolución del contrato.

Alguien podría afirmar que el artículo 1463 no es aplicable a los contratos con efectos reales, porque no son contratos con prestaciones recíprocas, dado que en ellos la prestación está sólo a cargo del adquirente. Se debe contestar, de inmediato, que la categoría de los contratos con prestaciones recíprocas, como resulta del nuevo Código, comprende a los contratos con efectos reales. Dicha categoría ha sido elaborada en sustitución de la categoría de los contratos bilaterales, a la cual se refería el artículo 1165 del Código Civil abrogado, precisamente, para que pudiera incluir, sin generar dudas, a los contratos con efectos reales, que son, a menudo, contratos unilaterales, en tanto la obligación (principal) nace de una sola parte, es decir, de la parte del adquirente, puesto que el enajenante ha realizado ya la transferencia prestando su mero consentimiento(lO). Debemos, por lo tanto, tener presente que el término "prestación", en la expresión "contratos con prestaciones recíprocas", no se emplea en el sentido técnico de "objeto de obligación" (artículo 1174(NP27)), sino en sentido más lato en el sentido que comprende los efectos jurídicos de naturaleza real que surgen iPso iure del contrato celebrado.

---

(1) Véase supra, numeral 13 del capítulo "Introducción al estudio del contrato" y autores allí citados.
(2) Véase supra, capítulos sobre "Introducción al estudio del contrato" e "Interpretación del contrato".
(NPI) [N. de los P.] "Artículo 1374 del Código Civil italiano de 1942. Integración del contrato.- El contrato obliga a las partes no sólo a cuanto se ha expresado en él, sino también a todas las consecuencias que derivan de él según la ley o, en ausencia de ésta, según los usos y la equidad".

(3) A. D'ANTONIO, La rnodificazione legislativa del ngolamento negoziale, Padua, 1974.
(NP2) [N. de los P.] "Artículo 1339 del Código Civil italiano de 1942. Inser. ción automática de cláusulas.- Las cláusulas, los precios de bienes o servicios, impuestos por la ley ("o por las normas corporativas") se insertan de pleno derecho en el contrato, incluso en sustitución de las cláusulas diversas establecidas por las partes".
[A. de los P.] "Artículo 1396 del Código Civil peruano.- En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz".
(NP3) [N. de los P.] "Artículo 1932 del Código Civil italiano de 1942. Norma! inderogables.-Las disposiciones de los artículos 1887, 1892, 1893, 1894, 1897, 1898, 1899, segundo párrafo, 1901, 1903, segundo párrafo, 1914, segundo párrafo, 1915, segundo párrafo, 1917, tercer y cuarto párrafos, y 1926 no pueden ser derogados sino en sentido más favorable al asegurado.
Las cláusulas que derogan en sentido menos favorable al asegurado son sus. tituidas de derecho por las correspondientes disposiciones de ley".
(NP4) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 2066 del Código Civil italia. no de 1942. Inderogabilidad.- Las cláusulas de los contratos individuales, diversas de las normas inderogables contenidas en las ordenanzas y en los acuerdos previstos en el presente capítulo, se sustituyen de derecho por las expresadas normas".
(NP5) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 2077 del Código Civil italiano de 1942. Eficacia del contrato colectivo sobre el contrato individual.- Las cláusulas diferentes de los

contratos individuales, preexistentes o posteriores al contrato colectivo, son sustituidas de derecho por las del contrato colectivo, salvo que contengan condiciones especiales más favorables a los prestado res de trabajo".
(4) Supra, numeral 10 del capítulo sobre "Interpretación del contrato". (NP6) [N. de los P.] "Artículo 1573 del Código Civil italiano de 1942. Duración
del arrendamiento.- Salvo normas diversas de ley el arrendamiento no puede estipularse por un tiempo que exceda de los treinta años. Si se estipula por un período más largo o a perpetuidad, se reduce al plazo indicado".
[A. de los P.] "Artículo 1688 del Código Civil peruano.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.
Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.
Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos".
(NP7) [N. de los P.] "Artículo 1962 del Código Civil italiano de 1942. Duración de la antícresis. La anticresis dura hasta que el acreedor haya sido enteramente satisfecho de su crédito, aun cuando el crédito y el inmueble dado en anticresis sea divisible, salvo que se haya establecido la duración.
En todo caso la anticresis no puede tener una duración superior a diez años. Si se ha estipulado un plazo mayor, éste se reduce al plazo indicado".
(NP8) [N. de los P.] "Artículo 1173 del Código Civil italiaro de 1942. Fuentes de las obligaciones.- Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producidas, de conformidad con el ordenamiento jurídico".
(NP9) [N. de los P.] "Artículo 1376 del Código Civil italiano de 1942. Contrato con efectos reales.- En los contratos que

tienen por objeto la tr;msferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real, o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado".
(NPIO) [N. de los P.] "Artículo 1321 del Código Civil italiano de 1942. Noción.El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas".
[A. de los P.] "Artículo 1351 del Código Civil peruano.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".
(5) Véase, por todos: V. ROPPO, Il contratto, Bolonia, 1977, p. 190.
(6) A. DI MAJo, L 'esecuzione del contratto, Milán, 1967, p. 256, habla de "omnipotencia del nudo consentimiento" y de la "contractualización" de la prestación traslativa.
(7) F. MESSINEO, Il contratto in genere, cit., t. 11, p. 66.
(NPIl) [N. de los P.] "Artículo 1377 del Código Civil italiano de 1942. Transfe
rencia de una masa de cosas. - Cuando el objeto de la transferencia fuese una determinada masa de cosas, aunque fuesen homogéneas, se aplicará la disposición del artículo precedente, aun cuando para ciertos efectos, las cosas hubieran de ser numeradas, pesadas o medidas".
(NP12) [N. de los P.] "Artículo 1378 del Código Civil italiano de 1942. Transferencia de una cosa determinada solamente en su género. - En los contratos que tengan por objeto la transferencia de cosas determinadas solamente en su género, la propiedad se trasmite mediante la individualización hecha de acuerdo entre las partes o en los modos establecidos por éstas. Tratándose de cosas que deben ser transportadas de

un lugar a otro, la individualización se produce también mediante la entrega al portador o al expedicionista".
(NP13) [N. de los P.] "Artículo 940 del Código Civil italiano de 1942. Especificación. - Si alguno ha empleado una materia que no le pertenecía para formar una cosa nueva, pueda o no pueda la materia volver a tomar su primera forma, adquiere su propiedad pagando al propietario el precio de la materia, salvo que el valor de ella sobrepase notablemente al de la mano de obra. En este último caso, la cosa corresponde al propietario de la materia, el cual debe pagar el precio de la mano de obra".
[A. de los P.] "Artículo 937 del Código Civil peruano.- El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada.
La especie que resulta de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenece a éstos en proporción a sus valores respectivos".
(NP14) [N. de los P.] "Artículo 1178 del Código Civil italiano de 1942. Obligación genérica.- Cuando la obligación tiene por objeto la prestación de cosas determinadas solamente en el género, el deudor debe prestar cosas de calidad no inferior a la media".
(8) F. MESSINEO, op. cit., t. 11, p. 72, destaca, precisamente, que es posible una especificación o entrega meramente documental, que tiene lugar con la expedición o el endose del título representativo de la mercadería (carta de porte, póliza de carga, orden de entrega, etc.), donde la mercadería es descrita y separada del respectivo género.
(9) V. supra, numeral 6 del capítulo "Introducción al estudio del contrato".
(NP15) [N. de los P.] "Numeral 3 del artículo 1476 del Código Civil italiano de 1942. Obligaciones principales del vendedor.- Las obligaciones principales del vendedor son: La de

garantizar al comprador de' la evicción y de los vicios de la cosa".
[A. de los P.] "Artículo 1503 del Código Civil peruano.- El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia" .
(NP16) [N. de los P.] "Artículo 1490 del Código Civil italiano de 1942. Garantía por los vicios de la cosa vendida.- El vendedor está obligado a garantizar que la cosa vendida esté inmune de vicios que la hagan in idónea para el uso al que está destinada o que disminuyan en modo apreciable su valor. El pacto por el cual se excluye o se limita la garantía no tiene efecto si el vendedor ha ocultado de mala fe al comprador los vicios de la cosa".
[A. de los P.] "Artículo 1520 del Código Civil peruano.- La renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia".
"Artículo 1523 del Código Civil peruano.- Si el transferente garantiza el buen funcionamiento del bien transferido durante cierto tiempo, el adquirente que alegue vicio o defecto de funcionamiento debe comunicarlo al transferente en el plazo de siete días a partir del descubrimiento; y puede entablar la acción correspondiente dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de la comunicación".
(NPI7) [N. de los P.] "Artículo 1553 del Código Civil italiano de 1942. Evicción.El permutante, si ha sufrido la evicción y no quiere recibir de nuevo la cosa dada, tiene derecho al valor de la cosa cuya evicción sufrió, según las normas establecidas para la venta, salvo en todo caso el resarcimiento del daño".
(NPIS) [N. de los P.] "Artículo 1555 del Código Civil italiano de 1942. Aplicabilidad de las normas sobre la venta.- Las

normas establecidas para la venta se aplican a la permuta en cuanto sean compatibles con ésta".

[A. de los P.] "Artículo 1603 del Código Civil peruano.- La permuta se rige
por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables".

(NPI9) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1862 del Código Civil italiano de 1942. Normas aPlicables.- La enajenación del inmueble, si es realizada a título oneroso, esta sujeta a las normas establecidas para la compraventa".

(NP20) [N. de los P.] "Artículo 2254 del Código Civil italiano de 1942. Garantía y riesgos de las aportaciones.- En cuanto a las cosas aportadas en propiedad la garantía debida por el socio y el traspaso de los riesgos se regulan por las normas sobre la venta.

El riesgo de las cosas aportadas en goce queda a cargo del socio que las ha
aportado. La garantía para el goce se regula por las normas sobre el arrendamiento".

(NP21) [N. de los P.] El nuevo texto incorporado por el artículo 1 de los D.Lgs. del 17 de enero de 2003, n. 6, Reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capitales y sociedades cooperativas, en ejecución de la Ley del 3 de octubre del 2001, n. 366, concuerda con el anterior en cuanto a la aplicación del artículo 2254: "Primer párrafo del artículo 2342 del Código Civil italiano de 1942. Aportaciones.- Si en el acto constitutivo no se ha establecido otra cosa, la aportación debe hacerse en dinero".

"Segundo párrafo del artículo 2342 del Código Civil italiano de 1942. Aportaciones.- Para las aportaciones de los bienes en especie y de los créditos se observan las disposiciones de los artículos 2254 y 2255. Las acciones correspondientes a

tales aportes deben ser integralmente liberadas al momento de la suscripción".
El texto anterior indicaba lo siguiente: artículo 2342 del Código Civil italiano de 1942. Aportaciones.- Si en el acto constitutivo no se ha establecido otra cosa, la aportación debe hacerse en dinero.
En cuanto a las aportaciones de bienes en especie y de créditos se observan
las disposiciones de los artículos 2254 y 2255".
[A. de los P.] "Artículo 28 de la Ley General de Sociedades del Perú.- Saneamiento de los aportes.- El aportante asume ante la sociedad la obligación de saneamiento del bien aportado.
Si el aporte consiste en un conjunto de bienes que se transfiere a la sociedad como un solo bloque patrimonial, unidad económica o fondo empresarial, el aportante está obligado al saneamiento del conjunto y de cada uno de los bienes que lo integran.
Si el aporte consiste en la cesión de un derecho, la responsabilidad del aportan te se limita al valor atribuido al derecho cedido pero está obligado a garantizar su existencia, exigibilidad y la solvencia del deudor en la oportunidad en que se realizó el aporte".
(NP22) [N. de los P.] "Segundo párrafo del artículo 1197 del Código Civil italiano de 1942.- Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho, el deudor está obligado a la garantía por evicción y por los vicios de la cosa según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño".
(NP23) [N. de los P.] "Artículo 797 del Código Civil italiano de 1942. Garantía por evicción.- El donante está obligado a garantizar al donatario, por la evicción que puedan sufrir las

cosas donadas, en los siguientes casos: Si la evicción depende del dolo o del hecho personal de él".
(NP24) [N. de los P.] "Primer párrafo del artículo 1465 del Código Civil italiano de 1942. Contrato de efectos traslativos o constitutivos.- En los contratos que transfieren la propiedad de una cosa determinada o constituyen o transfieren derechos reales, la pérdida de la cosa por causa no imputable al enajenante no libera al adquirente de la obligación de ejecutar la contraprestación, aunque la cosa no le hubiese sido entregada':'
(NP25) [N. de los P.] "Tercer párrafo del artículo 1465 del Código Civil italiano de 1942. Contrato con efectos traslativos o constitutivos.- Cuando fuese objeto de la trasferencia una cosa determinada sólo en su género, el adquirente no quedará liberado de la obligación de ejecutar la contraprestacióñ, si el enajenante hubiera hecho la entrega o si la cosa hubiera sido individualizada".
(NP26) [N. de los P.] "Artículo 1463 del Código Civil italiano de 1942. En los contratos con prestaciones recíprocas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no podrá pedir la contraprestación y deberá restituir la que ya hubiese recibido según las normas relativas a la repetición del pago indebido".
[A. de los P.] "Artículo 1431 del Código Civil peruano.- En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el c:ontrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.
Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor" .
(lO) En los informes del proyecto ministerial del libro de las obligaciones (véase: G. P ANDOLFELLI, G. SCARPELLO

Y otros, Codice civile. Libro delle obbligazioni iUustrato con i lavori preparatori, Milán, 1942, p. 255) se lee que fue considerado necesario ampliar el ámbito del artículo 1165 del Código Civil, extendiendo la sanción de la resolución por incumplimiento a todas las hipótesis en las cuales el contrato produce, para una parte, efectos patrimoniales que están en posición correspectiva con efectos patrimoniales producidos en ventaja de la otra parte, también si se trata de atribuciones no obligatorias sino reales (automáticas).

(NP27) [N. de los P.] "Artículo 1174 del Código Civil italiano de 1942. Carácter patrimonial de la prestación.- La prestación que constituye objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aun cuando no sea patrimonial, del acreedor".